Zweite und dritte Lieferung.

Civilprozeßordnung

für das Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetze

vom 30. Januar 1877.

Erläutert

von

Dr. Lothar Seuffert,
o. ö. Professor der Rechte zu Erlangen.

Vierte, umgearbeitete Auflage.

Nördlingen.
Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung.
1888.

Die 4. Auflage erscheint in 6 Lief. à ca. 3 ℳ 20 ₰ im Lauf des Sommers 1888.

Civilprozeßordnung

für das Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetze

vom 30. Januar 1877.

Erläutert

von

Dr. Lothar Seuffert,
o. ö. Professor zu Würzburg.

Vierte, umgearbeitete Auflage.

Nördlingen.
Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung.
1889.

Druck von C. H. Beck in Nördlingen.

Aus dem Vorwort zur ersten Auflage.

.... Die Erläuterung soll als Handbuch für die ausübenden Juristen dienen, zugleich aber die Verbindung mit der Theorie des Prozeßrechts herstellen. Nach meiner Überzeugung ist eine lediglich von praktischen Gesichtspunkten geleitete, die Theorie bei Seite lassende Gesetzeserläuterung für den denkenden Praktiker nicht ausreichend. Deutschlands Juristen sind nicht gewöhnt, Theorie und Praxis als unvereinbare Gegensätze zu betrachten, und sollen sich nicht daran gewöhnen.

Gießen, im Januar 1879.

Aus dem Vorwort zur zweiten Auflage.

In die neue Auflage sind nur wenige Bemerkungen aus der ersten unverändert herübergenommen. Die Citate aus den Motiven wurden gekürzt und mit den Erläuterungen enger verwoben. Ansichten, welche ich bei wiederholter Prüfung als irrtümliche erkannte, scheute ich mich nicht zurückzunehmen. Viele der festgehaltenen Sätze erheischten und erhielten eine bessere Begründung. Zahlreiche neue Erläuterungen wurden eingeschaltet. Die stark anwachsende Litteratur sowie die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu verwerten, war ich redlich bemüht. Die Litteratur außerhalb der Kommentare gab ich möglichst vollständig an. Dagegen citierte ich übereinstimmende und abweichende Ansichten der Kommentatoren nicht überall, sondern nur an solchen Stellen, wo dies durch die Bedeutung des Gegenstandes geboten erschien.

Wenn sich die erste Auflage bei Erörterung derjenigen Bestimmungen der Civilprozeßordnung, welche die Heranziehung von Normen des materiellen Rechts erfordern, vielleicht etwas einseitig mit den Normen des gemeinen Civilrechts beschäftigte, so läßt die zweite Auflage den Partikularrechten,

namentlich dem Allgemeinen Preußischen Landrechte, eingehende Berücksichtigung zu teil werden.

Auch die Ausführungsgesetze der Bundesstaaten wurden herangezogen.

Das in dem Vorwort zur ersten Auflage bezeichnete Ziel der Arbeit blieb unverückt. Durch theoretische Vertiefung der Erläuterung suchte ich diesem Ziele näher zu kommen.

Greifswald, im Januar 1883.

Aus dem Vorwort zur dritten Auflage.

.... Daß dieses Buch, welches mehr als andere Kommentare theoretische Gesichtspunkte bei der Erläuterung des Gesetzes zu verwerten unternommen hat, einer nicht geringen Berücksichtigung auch seitens der Praktiker sich erfreut, bestätigt dessen Existenzberechtigung.

Erlangen, im Oktober 1885.

Vorwort zur vierten Auflage.

Die seit der vorigen Auflage erschienenen ersten Bände von Wachs Handbuch und Plancks Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts haben die Wissenschaft des deutschen Prozeßrechts wesentlich gefördert. Diese Förderung ist, wie ich hoffe, der neuen Auflage dieses Werkes zu gut gekommen. Auch die sonstige neue Litteratur und Rechtsprechung ist nicht bloß nachgetragen, sondern in die Erläuterungen des Gesetzes hineingearbeitet.

Würzburg, im Oktober 1888.

L. Seuffert.

Inhaltsverzeichnis.

Civilprozeßordnung.

Erstes Buch.

Allgemeine Bestimmungen.

Zweites Buch.

Verfahren in erster Instanz.

Abkürzungen.

AG. = Ausführungsgesetz.
AGO. = preuß. Allgemeine Gerichtsordnung.
ALR. = preuß. Allgemeines Landrecht.
AM. = Anderer Meinung.
Arch. f. c. Pr. = Archiv für civilistische Praxis.
Arch. f. pr. RW. = Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft.
Bad. Ann. = Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.
Beitr. z. E. d. DR. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. Herausgegeben von Rassow und Küntzel.
Bl. f. RA. = Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
BG. = Bundesgesetz.
CBl. f. d. DR. = Centralblatt für das Deutsche Reich.
EG. = Einführungsgesetz.
Entsch. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig, Veit u. Komp.
Entw. I = Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung. Berlin 1871 (vgl. Einl. S. XVI N. ***).
Entw. II = Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung. Berlin 1872 (vgl. Einl. S. XVII N. **).
Entw. III oder Entw. = Entwurf einer Civilprozeßordnung. Vorlage an den Reichstag. (f. Einl. S. XVIII N. *).
Entw. e. b. GB. = Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. das Deutsche Reich. Berlin 1888.
GA. f. GV. = Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher.
GewO. = Gewerbeordnung für das Deutsche Reich in der Fassung der Bekanntmachung v. 1. Juli 1883.
GKG. = Gerichtskostengesetz.
GO. f. GV. = Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher.
GO. f. RA. = Gebührenordnung für Rechtsanwälte.
GO. f. Z. u. S. = Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige.
GV. = Gerichtsvollzieher.
GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz.
Hann. Entw. = hannoverscher Entwurf (f. Einl. S. XIII N. *).
Hann. Prot. = Protokolle der hannoverschen Kommission (f. Einl. S. XIII N. *).
HGB. = Handelsgesetzbuch.
JK. d. RT. = Justizkommission des Reichstags (vgl. Einl. S. XVIII f.).
JMBl. = Justizministerialblatt.
Jur. W. = Juristische Wochenschrift.
K. f. HS. = Kammer für Handelssachen.
KabO. = Kabinetsordre.
KO. = Konkursordnung.
KPr. = Protokolle der Justizkommission des Reichstags zur Civilprozeßordnung (vgl. Einl. S. XVIII N. **).
Kr. VJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift.
LG. = Landgericht.
Mag. f. DR. = Magazin für das Deutsche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Böhlau.
Meckl. Ztschr. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Budde und Birkmeyer.
Mot. = Motive zu Entwurf III (vgl. Einl. S. XVIII N. **).
Nordd. Entw. = norddeutscher Entwurf (f. Einl. S. XV N. **).
Nordd. Prot. = Protokolle der norddeutschen Kommission (f. Einl. S. XV N. **).
Ob. LG. = oberstes Landesgericht in Bayern.
OLG. = Oberlandesgericht.
Preuß. Entw. = preußischer Entwurf (f. Einl. S. XIV N. **).
RAnz. = Reichsanzeiger.
RAO. = Rechtsanwaltsordnung.
RG. = Reichsgericht oder Reichsgesetz.
ROHG. = Reichsoberhandelsgericht.
SA. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
StGB. = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
StPrO. = Strafprozeßordnung.
VO. = Verordnung.
Wallm. Jur.-Z. = Wallmanns deutsche Juristenzeitung.
WO. = Wechselordnung.
Ztschr. f. d. CPr. = Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß. Herausgegeben von Busch und Vierhaus.
Ztschr. f. Pr. u. ö. R. = Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht. Herausgegeben von Grünhut.
Ztschr. f. R. u. LR. = Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht. Herausgegeben von Hauser.

Die unten S. XXIII und XXIV zusammengestellten Kommentare sind mit den Namen der Verfasser, und zwar die Kommentare von v. Bülow, Petersen nach deren **zweiter Auflage**, der Kommentar von Struckmann und Koch nach dessen **fünfter Auflage**, der von v. Wilmowski und Levy nach dessen **vierter Auflage** citiert.

Nachträge und Berichtigungen.

S. 3 Z. 16 v. o. ist nach „Nr. 322“ beizufügen: „RG. 17. Mai 1887 SA. XLIII Nr. 147, OLG. Oldenburg SA. XLIII Nr. 222.“

S. 5 Z. 7 v. o. ist nach „S. 1100“ beizufügen: „k) Über Schätzung des Streitgegenstandes bei Noxalklagen s. RG. 1. Dez. 1887 Entsch. XX Nr. 44 S. 200.“

S. 10 Z. 14 v. o. ist nach „berechnen“ einzuschalten: „[AM. RG. 17. Mai 1887 SA. XLIII Nr. 62.]“

S. 10 ist nach Z. 20 v. o. als Bem. Nr. 4 beizufügen: „Gegenstand der im § 9 vorgesehenen Schätzung sind nur die bei der Klagerhebung noch nicht fälligen Bezüge. Wird mit dem Recht auf diese zugleich ein Rückstand geltend gemacht, so ist dieser nicht Nebenforderung [RG. verein. CS. 28. Sept. 1887 Entsch. XIX Nr. 84 S. 416].“

S. 11 Z. 12 v. o. statt „Amtsgericht“ lies „Landgericht“.

S. 28 Z. 11 v. u. ist nach „Nr. 220 (sächs. Recht)“ einzuschalten: „25. Okt. 1887 Entsch. XX Nr. 93 S. 403 (weim. Recht).“

S. 34 Z. 1 v. u. ist beizufügen: „vgl. a. RG. 5. Okt. 1887 Entsch. XX Nr. 81 S. 360.“

S. 36 Z. 12 v. u. ist beizufügen: „Der Gerichtsstand besteht auch für die Klage des Generalagenten gegen die Versicherungsgesellschaft [RG. 3. Nov. 1886 Entsch. XX Nr. 83 S. 364].“

S. 41 Z. 6 v. o. statt „Wach I § 484“ lies „Wach I S. 484.“

S. 41 Z. 13 v. o. füge bei: „[AM. Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 109.]“

S. 48 Z. 14 v. u. ist beizufügen: „Deybeck Der Gerichtsstand der Vereinbarung (Erlangen 1888), Adam Die civilprozessualische Zuständigkeitsvereinbarung in geschichtlicher Entwickelung (München 1888).“

S. 61 Z. 2 v. u. statt „s. § 156“ lies „s. GVG. § 156.“

S. 62 Z. 22 v. o. nach „(RGBl. S. 180) füge bei: „und den Meisterkassen durch RGewOrdn. § 140.“

S. 63 Z. 1 v. u. nach „S. 398“ schalte ein: „RG. 27. Nov. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 734 ff.“

S. 69 Z. 10 v. u. nach „§ 52“ schalte ein: „RG. 24. Juni 1887 Entsch. XIX Nr. 69 S. 362.“

S. 74 Z. 23 v. o. statt „Bem. Nr. 1“ lies „Bem. Nr. 2.“

S. 93 Z. 22 v. u. füge bei: „RG. 11. Apr. 1888 SA. XLIII Nr. 228.“

S. 97 Z. 8 v. o. statt „litt. d“ lies „ad litt. a und b.“

S. 100 Z. 3 v. o. nach „erhoben“ ist einzuschalten: „Mit der Beschwerde kann auch die mit dem Zwischenurteil verbundene Kostenentscheidung, nicht aber eine mit der Entscheidung zur Hauptsache verbundene Entscheidung über die Kosten der Intervention angefochten werden [RG. 26. Sept. 1887 Entsch. XIX Nr. 83 S. 413].“

S. 126 Z. 22 v. o. nach „Nr. 248“ ist einzuschalten: „OLG. Dresden SA. XLIII Nr. 225.“

S. 127 Z. 11 v. o. nach „S. 357“ ist beizufügen: „RG. 4. Jan. 1888 SA. XLIII Nr. 224.“

S. 127 Z. 13 v. u. nach „giebt.“ ist einzuschalten: „[Vgl. jedoch RG. 7. Dez. 1887 SA. XLIII Nr. 167].“

S. 134 Z. 11 v. o. nach „S. 418 ff.“ ist einzuschalten: „RG. 25. Febr. 1888 Entsch XX Nr. 106 S. 430.“

S. 135 Z. 23 v. u. nach „anwendbar“ ist einzuschalten: „Auch wenn das Urteil gegen einen

Streitgenossen als Vers.-Urteil erlassen wird, ist § 95 anwendbar [RG. 21. Dez. 1887 SA. XLIII Nr. 227]."

S. 141 Z. 2 v. o. nach „S. 598 ff." schalte ein: „Schneider Mag. f. DR. VII S. 218 ff."

S. 141 Z. 9 v. o. nach „Beschwerde (§ 540) zu." füge bei: „Nach Ablauf der Frist ist die Anfechtung selbst dann ausgeschlossen, wenn der Streitgegenstand in einem anderen Kostenfestsetzungsbeschlusse anders bestimmt wurde [RG. 3. Jan. 1888 Entsch. XX Nr. 95 S. 408]."

S. 141 Z. 13 v. u. füge bei: „; nicht auf den Fall zeitlicher Verteilung der Kosten [RG. 27. Okt. 1887 Entsch. XIX Nr. 88 S. 431]."

S. 151 Z. 20 v. u. nach „verneinen" ist beizufügen: „[vgl. RG. 13. Okt. 1887 Entsch. XIX Nr. 86 S. 428]."

S. 152 Z. 23 v. o. nach „entziehen" schalte ein: „[vgl. RG. 13. Okt. 1887 Entsch. XIX Nr. 86 S. 428]."

S. 153 Z. 21 v. o. nach „§§ 86, 86" schalte ein: „[Vgl. bay. o. LG. SA. XLIII Nr. 146.]"

S. 173 Z. 4 v. o. nach „S. 1136" schalte ein: „bay. o. LG. SA. XLIII Nr. 199."

S. 214 Z. 10 v. o. nach „§ 165" schalte ein: „Das Geschäftslokal kann nur am Wohnsitze des Anwalts sein [RG. 8. Febr. 1888 SA. XLIII Nr. 230]."

S. 219 Z. 6 v. o. nach „S. 1076" schalte ein: „RG. 5. Okt. 1887 Entsch. XIX Nr. 85 S. 425."

S. 224 nach Z. 11 v. o. schalte ein: „Der Mangel des Datums macht die Zustellung ungültig [RG. 5. Okt. 1887 Entsch. XIX Nr. 85 S. 426]."

S. 224 Z. 18 v. o. nach „ersetzt werden" füge bei: „[vgl. bay. o. LG. Bl. f. RA. LIII S. 195 ff.]"

S. 255 nach Z. 10 v. o. schalte ein: „Ähnlich RG. 15. Apr. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 407."

S. 257 Z. 16 v. o. nach „VIII S. 516" schalte ein: „OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 155."

S. 273 zu Z. 11 v. o. füge bei: „d) Der vor der Unterbrechung bestimmte Termin behält insofern seine Bedeutung, als in demselben nach Beendigung der Unterbrechung zu verhandeln ist [vgl. bay. o. LG. SA. XLIII Nr. 232]."

S. 278 nach Z. 21 v. o. schalte ein: „Staub Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 554 ff."

S. 286 Z. 21 v. u. nach „präjudiziert" schalte ein: „[vgl. RG. 6. Apr. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 409]."

S. 307 zu Z. 10 v. u. füge bei: „Keine Klagänderung, wenn die Klage aus dem Auftragsvertrage von Leistung auf Rechnungsstellung umgestellt wird [RG. 29. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 410]."

S. 313 Z. 19 v. u. statt „Bem. Nr. 3 zu § 94" lies „Bem. Nr. 4 zu § 94."

S. 319 zu Z. 17 v. o. füge bei: „Deybeck Gerichtsstand der Vereinbarung S. 130 ff."

S. 320 Z. 9 v. o. nach „litt. a" schalte ein: „zu § 247".

S. 320 Z. 14 v. o. statt „Abs. 1" lies „Abs. 2 zu § 298."

S. 320 Z. 16 v. u. nach „Prozeßeinrede" schalte ein: „beschränkt".

S. 320 zu Z. 4 v. u. füge bei: „Vgl. a. Hagemann Ztschr. f. d. CPr. XII S. 350 ff."

S. 329 Z. 6 v. o. nach „Feststellung" schalte ein: „[vgl. OLG. Hamburg SA. XLIII Nr. 65]."

S. 334 Z. 18 v. u. statt „Nichtigkeit" lies „Richtigkeit".

S. 337 zu Z. 14 v u. füge bei: „Abweichend RG. 4. Mai 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 423."

S. 339 zu Z. 14 v. u. füge bei: „Vgl. RG. 15. Okt. 1887 Entsch. XX Nr. 92 S. 402."

S. 364 Z. 13 v. u. statt „RG. 26. Apr. 1865" lies „RG. 26. April 1885".

S. 364 Z. 2 v. u. nach „RG." schalte ein: „Hier wie in U. v. 28. Febr. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 427."

S. 386 Z. 2 v. o. vor „Wach" schalte ein: „Muskat Ztschr. f. d. CPr. XII S. 347 f."

S. 407 zu Z. 18 v. u. füge bei: „OLG. Rostock SA. XLIII Nr. 161."

S. 432 Z. 6 v. o. nach „Gaupp II S. 223" schalte ein: „RG. 14. Jan. 1888 Entsch. XX Nr. 90 S. 392."

S. 443 Z. 12 v. u. nach „Personen" schalte ein: „Über den Umfang der Befugnis des Rechtsanwalts zur Zeugnisverweigerung vgl. RG. 22. Febr. 1888 SA. XLIII Nr. 235."

S. 444 Z. 3 v. o. nach „verweigern" schalte ein: „Umgekehrt kann sich bei nochmaliger Ladung vernehmen lassen, wer früher das Zeugnis verweigert hat [OLG. Oldenburg SA. XLIII Nr. 163].

S. 448 zu Z. 3 v. o. füge bei: „Den Parteien steht gegen das Zwischenurteil, welches die Weigerung des Zeugen für nicht begründet erklärt, keine Beschwerde zu [RG. 28. Nov. 1887 Entsch. XX Nr. 86 S. 379]."

S. 453 zu Z. 23 v. u. füge bei: „Gegen die Entscheidung steht keine Beschwerde zu [OLG. Dresden SA. XLIII Nr. 68."

S. 467 Z. 3 v. u. nach „werden" schalte ein: „Vgl. RG. 14. Jan. 1888 Entsch. XX Nr. 90 S. 394."

S. 500 Z. 16 v. u. nach „zulässig ist" schalte ein: „[vgl. RG. 20. Sept. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 492 ff.]"

S. 504 Z. 24 v. u. nach „XVIII 252" schalte ein: „XLIII 238".

S. 504 zu Z. 17 v. u. füge bei: „RG. 9. Juli 1887 SA. XLIII Nr. 69."

S. 521 Z. 16 v. u. nach „S. 430" schalte ein: „Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 301 f."

S. 521 Z. 12 v. u. nach „Nr. 275" schalte ein: „RG. 14. Jan. 1888 Entsch. XX Nr. 90 S. 295, Hagemann Ztschr. f. d. CPr. XII S. 397 f."

S. 524 Z. 2 v. o. füge bei: „Die Erklärungen bedürfen nicht der Annahme [OLG. Jena SA. XLIII Nr. 67]."

S. 584 zu Z. 3 v. o. füge bei: „Ansprüche, welche vorgebracht aber abgewiesen wurden, sind nicht neue Ansprüche im Sinne des § 491 [RG. 14. Dez. 1887 Entsch. XX Nr. 96 S. 410]."

S. 584 Z. 24 v. o. nach § 491 schalte ein: „Vgl. a. Sprenger Arch. f. c. Pr. LXXII S. 471."

S. 589 zu Z. 6 v. u. füge bei: „RG. 19. März 1887 Entsch. XIX Nr. 79 S. 406."

S. 595 Z. 8 v. o. an den Anfang der Bem. 6 gehört: „Zu Nr. 4:".

S. 620 zu Z. 8 v. o. füge bei: „Über Revision wegen Auslegung einer prozessualischen Erklärung s. RG. 7. Febr. 1887 SA. XLIII Nr. 243."

Einleitung.

I.

Äußere Geschichte der Civilprozeßordnung.*)

Die Reichsverfassung vom 28. März 1849 bestimmte in § 64:

„Der Reichsgewalt liegt es ob, durch die Erlassung allgemeiner Gesetzbücher über bürgerliches Recht, Handels- und Wechselrecht, Strafrecht und gerichtliches Verfahren die Rechtseinheit im deutschen Volke zu begründen."

Die Reichsverfassung kam nicht zur Durchführung. Das Bedürfnis der Deutschen Nation nach einem einheitlichen Prozeßrecht blieb unbefriedigt. Der Bundesrat trat wieder zusammen. Das Recht der Gesetzgebung stand demselben nicht zu. Zur Erreichung materieller Rechtseinheit in den verbündeten Staaten war nur der Weg offen, daß die Bundeskommissare einheitliche Entwürfe vereinbarten, deren Einführung in den einzelnen Bundesstaaten den gesetzgebenden Faktoren derselben anheimfiel. Auf diesem Wege war die Einheit auf den Gebieten des Wechselrechts und des Handelsrechts erreicht worden.

Am 17. Dezember 1859 (Prot. § 355) stellten die Regierungen von Bayern, Sachsen, Württemberg, Kurhessen, Großherzogtum Hessen, Mecklenburg-Schwerin, Nassau, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg und Mecklenburg-Strelitz an die Bundesversammlung den Antrag, durch einen Ausschuß die Frage erörtern und darüber Bericht erstatten zu lassen, ob und inwieweit die Herbeiführung einer gemeinsamen Civil- und Kriminalgesetzgebung wünschenswert und ausführbar sein werde.

Innerhalb des zur Berichterstattung über diesen Antrag eingesetzten Ausschusses herrschte Einstimmigkeit darüber, daß die Einheit des Rechts wünschenswert und daß die einheitliche Regelung des Civilprozesses das dringendste Bedürfnis sei. Während aber die Majorität des Ausschusses die Ausarbeitung eines Entwurfs durch eine Bundeskommission, bestehend aus von den Regierungen ernannten Fach-

---

*) Vgl. A. Hellweg, geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der Deutschen Civilprozeßordnung, Arch. f. c. Pr. LXI (1878) S. 78 ff., Wach Handb. I S. 129 ff.

juristen, ins Auge faßte, hielt die Minorität, nämlich Preußen, den Bundesweg nicht für geeignet und schlug eine unmittelbare Vereinbarung der Regierungen vor.*)

Die Mehrheit des Ausschusses beantragte nach ausführlicher Berichterstattung in der Sitzung des Bundestags vom 6. Februar 1862 (Prot. § 58), zunächst eine Kommission zur Ausarbeitung und Vorlage des Entwurfs einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten in Hannover einzusetzen. Preußen stimmte dagegen. Die Mehrheit der Bundesversammlung trat dem Antrage des Ausschusses bei.

Am 17. Juli 1862 (Prot. § 243) wurde wieder durch Majoritätsbeschluß bestimmt, daß die zur Ausarbeitung und Vorlage des Entwurfs einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Staaten niedergesetzte Kommission am 15. September 1862 zu Hannover zusammentrete.

An diesem Tage traten zehn Kommissare, ernannt durch die Regierungen von Österreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Baden, Hessen-Darmstadt, Mecklenburg-Schwerin, Nassau und Frankfurt in Hannover zusammen.**)

Die Kommission konstituierte sich mit der Wahl des österreichischen Kommissars Dr. Rizy zum Vorsitzenden und beschloß, die hannoversche Prozeßordnung vom 8. November 1850 den Beratungen zu Grunde zu legen.

Dieser Beschluß veranlaßt, die Entstehung der hannoverschen Prozeßordnung zu erörtern.

Durch hannoversches Gesetz vom 5. September 1848 § 9 war unter dem Einfluß der achtundvierziger Bewegung zugesichert worden, daß die Gerichtsverfassung nach den Grundsätzen der Mündlichkeit auch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geregelt werden solle. Schon am 14. Januar bezw. 14. Juni 1850 wurde ein hauptsächlich von dem als Referenten in das Justizministerium berufenen Dr. Leonhardt ausgearbeiteter Entwurf den Ständen vorgelegt. Bei Ausarbeitung dieses

---

*) Der Grund zu diesem Verhalten der preußischen Regierung lag darin, daß bei der Beratung über den Entwurf des Handelsgesetzbuches das preußische Abgeordnetenhaus gegen das eingeschlagene, die Mitwirkung der Landesvertretung bei der Gesetzgebung in der That beeinträchtigende Verfahren protestiert hatte.

**) Zu der hannoverschen Kommission waren kommittiert: von Österreich der Sektionschef im Justizministerium Dr. Rizy aus Wien; von Bayern der Oberstaatsanwalt v. Bomhard aus Amberg (in 2ter Lesung Oberappellationsgerichtsrat v. Pixis aus München); von Sachsen der Oberappellationsgerichtsrat Dr. Tauchnitz aus Leipzig; oon Hannover der Oberjustizrat Dr. Leonhardt, nach ihm der Obergerichtsrat Peterssen, beide aus Hannover; von Württemberg der Obertribunalrat Frhr. v. Sternenfels aus Stuttgart, nach ihm der Oberjustizrat Frhr. v. Holzschuher von dort; von Baden der Hofgerichtsrat v. Stößer aus Bruchsal; von Kurhessen der Oberappellationsgerichtsrat Dr. Büff aus Kassel; vom Großherzogtum Hessen der General-Staatsprokurator Dr. Seitz aus Mainz; von Mecklenburg-Schwerin der Ministerialrat v. Scheve aus Schwerin, später der Ministerialdirektor v. Amsberg von da; von Holstein und Lauenburg der Oberappellationsgerichtsdirektor Dr. Preußer aus Flensburg, später der Oberappellationsgerichtsrat Dr. Brinkmann aus Kiel; von Nassau der Hofgerichtsdirektor Winter aus Dillenburg; von Sachsen-Meiningen der Oberstaatsanwalt Dr. Albrecht, später Appellationsgerichtspräsident Liebmann, beide aus Hildburghausen; von Frankfurt der Appellationsgerichtsrat Dr. Nestle aus Frankfurt. Als Protokollführer fungierten die Obergerichts-Assessoren Peterssen und Struckmann.

Entwurfs fanden insbesondere das auf dem Grundsatze der Mündlichkeit ruhende Prozeßgesetz Frankreichs (code de procédure von 1806) und die aus dem französischen Gesetz hervorgegangene Genfer Prozeßordnung (loi sur la procédure civile von 1820) sorgfältige Berücksichtigung. Der hannoversche Entwurf ist aber keine Kopie dieser Gesetzbücher, sondern ein durchaus selbständiges Werk. Es ist darin ein Verfahren hergestellt, welches auf den Grundlagen des gemeinen deutschen Prozesses das freigestaltete Prozeßprinzip der Unmittelbarkeit der Verhandlung eines Rechtsstreits vor dem erkennenden Gerichte mit seinen Konsequenzen in sich aufnimmt. Fundamental in der hannoverschen Prozeßordnung ist, daß das Hauptverfahren in zwei Abschnitte zerfällt, von denen der erstere die Behauptungen der Parteien, der zweite den Beweis der bestrittenen Behauptungen zum Gegenstande hat; daß diese beiden Abschnitte getrennt und gegen einander abgeschlossen werden durch eine richterliche Verfügung, in welcher nach Prüfung des von den Parteien vorgelegten Prozeßstoffs diesen eröffnet wird, was und von wem zu beweisen sei; daß diese richterliche Verfügung im Sinne des deutschen Prozeßrechts ein Urteil ist, unabänderlich für die Instanz, in welcher sie erlassen wurde. Der Entwurf war mit unwesentlichen Abänderungen am 8. November 1850 zum Gesetze für Hannover erhoben worden. Die Urteile der Praktiker über das Gesetz lauteten günstig; auch von Seite der Theoretiker wurde demselben große Aufmerksamkeit zu teil. Dasselbe ward das Vorbild für das oldenburgische Prozeßgesetz vom 2. November 1857 und fand bei allen folgenden partikulären Entwürfen und Gesetzen eingehende Berücksichtigung.

In der Bundeskommission wurde der hannoversche Kommissar Dr. Leonhardt zum Referenten, der bayerische Kommissar v. Bomhard und der sächsische Kommissar Dr. Tauchnitz zu Correferenten gewählt. Die erste Lesung wurde am 25. Juli 1864 in der 248sten Sitzung vollendet. Am 17. Februar 1865 versammelte sich die Kommission zur 2ten Lesung. Diese begann am 15. März 1865 (260ste Sitzung) und endete am 24. März 1866 (373ste Sitzung).*)

Die für die hannoversche Prozeßordnung charakteristische Scheidung des Verfahrens in zwei, durch ein bindendes, rechtsmittelfähiges Beweisinterlokut getrennte Teile wurde in den Entwurf nicht aufgenommen. In der redaktionellen Fassung ist der Entwurf gegenüber der hannoverschen Prozeßordnung durchaus selbständig; in vielen Detailbestimmungen weicht er von der letzteren ab. Trotzdem ist ein nicht geringer Teil der Bestimmungen des Entwurfs auf die hannoversche Prozeßordnung zurückzuführen.

Der Entwurf wurde mit Bericht vom 30. April 1866 der Bundesversammlung vorgelegt und von dieser durch Beschluß vom 19. Mai 1866 dem Ausschusse für Errichtung eines Bundesgerichts zugewiesen mit der Auflage, der Versammlung über die weitere Behandlung der Angelegenheit Vorschläge zu machen. Ehe jedoch

*) Die Protokolle der hannoverschen Kommission sind siebzehn Bände stark in einer offiziellen, aber nicht in den Buchhandel gekommenen Ausgabe erschienen. Der Entwurf der ersten Lesung erschien 1864, herausgegeben von Peterssen und Struckmann; der der zweiten Lesung 1866, herausgegeben von Struckmann.

der Ausschuß Vortrag erstattet hatte, erfolgte am 14. Juni 1866 der Austritt Preußens und damit die thatsächliche Auflösung des Bundes. Zwar wurde noch am 21. Juni 1866 (Prot. § 158) die Angelegenheit zum Vortrage gebracht und beschlossen, den Entwurf den Bundesregierungen zur Kenntnis und Äußerung darüber mitzuteilen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie geneigt wären, denselben in ihren Ländern auf gesetzlichem Wege einzuführen. Es kam nicht mehr zur Rückäußerung; die politischen Ereignisse traten dazwischen.

Unterdessen war Preußen, das sich an der hannoverschen Kommission nicht beteiligte, mit Feststellung eines eigenen Entwurfs zu einer Prozeßordnung vorgegangen. Schon im November 1860 hatten die Vorarbeiten begonnen. Am 14. Februar 1861 wurde ein die Notwendigkeit civilprozessualischer Reformen darlegender Immediatbericht an den König erstattet. Der König genehmigte am 25. Februar 1861 die Einsetzung einer vom Justizminister zu berufenden Kommission. Die Kommission trat im Frühjahr 1861 in Berlin zusammen.*) Im Jahre 1864 veröffentlichte die Kommission den „Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat" mit Motiven.**) Der Entwurf schließt sich im wesentlichen dem französischen Prozeßrechte an, dessen Grundprinzipien darin mit schärferer Folgerichtigkeit durchgeführt sind, als im code de procédure selbst. Über den Entwurf wurden Gutachten der Gerichte verlangt. Dieselben sprachen sich in überwiegender Mehrzahl gegen die Einführung aus. Dessen ungeachtet empfahl der preußische Justizminister in einer Denkschrift vom 24. Februar 1866 die Einführung. Die übrigen Minister stimmten nicht bei. Die Umwälzungen des Jahres 1866 setzten der partikulären Gesetzgebung im Gebiete des Prozesses ein Ziel.

Die Verfassung des Norddeutschen Bundes Art. 4 bestimmte:

„Der Beaufsichtigung des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten:

13. die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren."

Schon am 4. September 1867 stellte Preußen bei dem Bundesrat folgende Anträge:

„1. Zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für die Staaten des Norddeutschen Bundes wird eine besondere Kommission, bestehend aus acht angesehenen Juristen des Bundesgebiets, berufen.

2. Die Mitglieder der Kommission werden vom Bundesrat gewählt. Über jedes Mitglied wird besonders abgestimmt. Die verschiedenen Rechts- und Staatsgebiete sollen in den Mitgliedern möglichst ihre Vertretung finden.

3. Die Kommission tritt zur Erledigung ihres Auftrags in Berlin zusammen.

---

*) In dieselbe wurden berufen: der Obertribunalspräsident Dr. Bornemann (Vorsitzender), der Oberstaatsanwalt Dr. Oppenhoff, der Geh. Justizrat Dr. Pape und der Kreisrichter Kühne. Als Schriftführer waren beigegeben die Assessoren Bornemann und Makower.

**) Erschienen in der v. Deckerschen Ober-Hofbuchdruckerei; citiert als „Preußischer Entwurf".

4. Der Vorsitzende der Kommission wird aus der Mitte der Mitglieder vom Bundeskanzler ernannt. Die Wahl der Referenten erfolgt auf Vorschlag des Vorsitzenden mittels Vereinbarung oder in Ermangelung einer solchen durch Abstimmung in der Kommission.
5. Jedes Mitglied führt eine Stimme, bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag; im übrigen regelt sich der Geschäftsgang nach der von der Kommission selbst festzusetzenden Geschäftsordnung.
6. Nach Vollendung des Auftrags hat die Kommission den Entwurf dem Bundeskanzler zur Vorlegung bei dem Bundesrat zu überreichen."

Diese Anträge wurden nach vorgängiger Begutachtung durch den Ausschuß des Bundesrats für Justizwesen (Bericht vom 24. September 1864; Drucksachen Nr. 43) in der Sitzung des Bundesrats vom 2. Oktober 1867 (Prot. § 95) zum Beschlusse erhoben und sofort zur Wahl der Kommissionsmitglieder geschritten.*)

Die Kommission wurde am 3. Januar 1868 von dem Bundeskanzler eröffnet. Zum Vorsitzenden wurde Dr. Leonhardt, der am 5. Dezember 1867 preußischer Justizminister geworden war, zu dessen Stellvertreter Obertribunals-Vizepräsident Dr. Grimm ernannt. Zum Referenten wurde der Geh. Oberjustizrat Dr. Pape gewählt. Die Kommission beschloß, den hannoverschen Entwurf ihren Beratungen zu Grund zu legen. Daneben fand der preußische Entwurf fortwährende Berücksichtigung. Die Kommission tagte vom 3. Januar 1868 bis 20. Juli 1870 zu Berlin. In der 390sten Sitzung wurde der Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund nebst Einführungsgesetz fertig gestellt.**) Der norddeutsche Entwurf ist trotz mannigfacher Verschiedenheiten dem hannoverschen Entwurf am nächsten verwandt; doch finden sich darin auch viele dem preußischen Entwurf entstammende Bestimmungen. Die zahlreichen Vorbehalte des hannoverschen Entwurfs zu Gunsten der Landesgesetzgebung sind im norddeutschen Entwurf beseitigt.

Der deutsch-französische Krieg war entbrannt, als die norddeutsche Kommission ihre Arbeiten beendigte. Auf den Schlachtfeldern Frankreichs wurde Deutschlands Einheit geboren. Den Verträgen mit den Südstaaten folgte die Gründung des Deutschen Reiches.

---

*) In die Kommission wurden zunächst gewählt: der Obertribunals-Vicepräsident Wirkl. Geh. Oberjustizrat Dr. Grimm aus Berlin, der Oberappellationsgerichtspräsident Dr. Leonhardt daselbst, der Geh. Oberjustizrat Dr. Pape daselbst, der Oberappellationsgerichtsrat Dr. Tauchnitz aus Dresden, der Generalprokurator Dr. Seitz aus Darmstadt (an dessen Stelle trat später der Obergerichtsrat Aull aus Mainz), der Oberappellationsgerichtsrat Prof. Dr. Endemann aus Jena, der Obergerichtspräsident Dr. Trieps aus Wolfenbüttel und der Oberappellationsgerichtsrat Dr. Drechsler aus Lübeck. Nachträglich wurde gemäß Beschlusses des Bundesrats vom 10. Dezember 1867 (Prot. § 232) noch der Obertribunalsrat Dr. Löwenberg aus Berlin und der Geh. Ministerialrat v. Amsberg aus Schwerin hinzugewählt. Protokollführer waren der Stadtgerichtsrat Koch und der Stadtgerichtsassessor Droop.

**) Der Entwurf enthält 1178 Paragraphen und erschien im Verlage der Geh. Ober-Hofbuchdruckerei (R. v. Decker) 1870, ohne Motive. Vorher waren mehrfache Publikationen von Teilen des Entwurfs erfolgt. Die Protokolle sind ebenfalls bei R. v. Decker als Manuskript gedruckt; dieselben umfassen fünf Bände und sind nicht im Buchhandel erschienen.

Schon im Schlußprotokoll vom 23. November 1870 Nr. V zum Versailler Vertrag wegen des Beitritts Bayerns zum Deutschen Bund ward von Seite des Kgl. preußischen Bevollmächtigten die Zusicherung gegeben, daß Bayern bei der ferneren Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Civilprozeß=Gesetzbuchs entsprechend beteiligt werde. Die Verfassung des Deutschen Reichs reproduzierte den oben angeführten Art. 4 Nr. 13 der Verfassung des Norddeutschen Bundes. Die Civilprozeßgesetzgebung war Sache des Reichs geworden.

Ehe von Reichswegen ein Schritt geschah, war von Seite des Kgl. preußischen Justizministeriums der norddeutsche Entwurf einer Umarbeitung unterworfen worden.*) Der Kgl. preußische Justizminister Dr. Leonhardt trat hierbei persönlich in Thätigkeit.**) Das Ergebnis dieser Umarbeitung ist der „Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung.***) Die charakteristischen Merkmale dieses Entwurfs I im Gegensatze zum norddeutschen Entwurfe sind insbesondere die Behandlung des Verfahrens nach dem Beweisbeschlusse und das Rechtsmittelsystem. Der norddeutsche Entwurf verneint zwar mit dem hannoverschen Entwurfe die Urteilsnatur des Beweisbeschlusses, unterscheidet aber zwischen Hauptverhandlung (vor dem Beweisbeschlusse) und Schlußverhandlung (nach demselben), gestattet in letzterer die Vorbringung neuer Thatsachen, sofern es nicht sog. Hülfsthatsachen sind, und neuer Beweismittel nur im Restitutionsfalle und giebt dem Beweisbeschlusse hierdurch, sowie durch das ihm mit dem Urteil gemeinsame Erfordernis des Thatbestandes und der Begründung eine das Verfahren in zwei Teile spaltende Kraft. Dagegen ist in dem Entwurfe I zuerst der Gedanke konsequent durchgeführt, daß das ganze Verfahren bis zum Urteil als einheitliches aufzufassen sei. Der Beweisbeschluß wird einfacher Beschluß ohne Thatbestand und Entscheidungsgründe. Nach Durchführung des Beweisverfahrens kehrt der Prozeß zur Verhandlung zurück; in dieser Verhandlung können neue Angriffs= und Verteidigungsmittel vorgebracht werden; die letzte Verhandlung vor dem Urteil ist prinzipiell die allein entscheidende. Im Rechtsmittelsystem des Entwurfes I ist die Berufung gegen Urteile der Amtsgerichte zugelassen, gegen Urteile der Kollegialgerichte aber nur die revisio in iure gestattet. Darüber steht die Oberrevision für den Fall der Difformität der Urteile erster und zweiter Instanz.

In der Sitzung des Bundesrats vom 8. Mai 1871 (Prot. § 208) wurde auf Bericht des Ausschusses für Justizwesen vom 1. Mai 1871 beschlossen, eine neue Kommission von zehn Mitgliedern zu bestellen, welche unter Zugrundelegung

---

*) Die Gründe dieses Vorgehens sind bei Hellweg a. a. O. S. 113 angedeutet. Die kommissarische Herstellung eines größeren systematischen Gesetzentwurfes hat gewöhnlich die Folge, daß der Entwurf nicht aus einem Guß gearbeitet ist. Leicht bilden sich die Majoritäten bei einzelnen Bestimmungen durch Hinzutritt von mit ihren Principalansichten unterlegenen Stimmen. Dieser Übelstand war bei dem hannoverschen und dem norddeutschen Entwurfe fühlbar.

**) Der Kgl. preuß. Justizminister arbeitete selbst einen Vorentwurf aus. Über denselben wurden während des Winters 1870/71 innerhalb des Kgl. preuß. Justizministeriums Beratungen gepflogen. Daran waren beteiligt die Geh. Justizräte Dr. Falk, Dr. Förster und Droop, der Kronanwalt Nebe=Pflugstädt und der Appellationsgerichtsrat Kurlbaum II.

***) Berlin 1871. R. v. Decker. Als erster deutscher Entwurf zitiert mit „Entwurf I“.

des von der preußischen Regierung aufgestellten Entwurfs I in Verbindung mit dem norddeutschen Entwurf und den sonstigen legislativen Vorarbeiten den Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Deutsche Reich definitiv festzustellen habe. Der Kgl. preußische Justizminister Dr. Leonhardt führte den Vorsitz in der Kommission,*) die am 7. September 1871 in Berlin zusammentrat und am 7. März 1872 ihre Arbeiten beendigte. Das Ergebnis dieser Kommissionsarbeit ist der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes (Entwurf II).**) Der Entwurf steht im Großen und Ganzen auf dem Boden des im preuß. Justizministerium ausgearbeiteten Entwurfes I, welchem er sich auch äußerlich in der Ordnung der Paragraphen anschließt.

In der Sitzung des Bundesrats vom 21. Dezember 1872 (Prot. § 530) wurde dieser Entwurf vorgelegt und an den Ausschuß für Justizwesen zur Berichterstattung überwiesen. Hier wurde der Entwurf eingehender Prüfung und mancher Änderung unterworfen. Insbesondere wurde in diesem Stadium beschlossen, als Rechtsmittel gegen alle erstinstanziellen Urteile die Berufung mit unbeschränkter Zulassung von neuen Behauptungen und Beweismitteln zu gewähren. Der Bericht des Bundesratsausschusses wurde erst am 12. Mai 1874 (Drucks. Nr. 64) erstattet. Der Grund dieser Verzögerung liegt darin, daß inzwischen auch die Entwürfe einer Strafprozeßordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes demselben Ausschusse überwiesen worden waren, und daß man gleichzeitig über die drei Gesetzentwürfe Bericht zu erstatten für angezeigt hielt.

In der Sitzung des Bundesrats vom 16. Juni 1874 (Prot. §§ 311—313) wurde der Kommissionsentwurf der Civilprozeßordnung mit zwei unwesentlichen Veränderungen***) angenommen. Berichterstatter für die Civilprozeßordnung war an Stelle des erkrankten Kgl. bayr. Staatsministers der Justiz der Kgl. bayer. Ministerialrat Dr. Schmitt. In derselben Sitzung wurde auch über die beiden anderen Entwürfe Beschluß gefaßt.

Mit den Entwürfen einer Strafprozeßordnung, eines Gerichtsverfassungsgesetzes und der dazu gehörigen Einführungsgesetze wurde am 29. Oktober 1874 der Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich und eines Einführungsgesetzes

---

*) Als Kommissionsmitglieder wurden gewählt: der Kgl. preuß. Geh. Oberjustizrat Dr. Falk aus Berlin, der Kgl. preuß. Obertribunalsrat Frhr. v. Diepenbroick-Grüter von da, der Kgl. preuß. Appellationsgerichtsrat Planck aus Celle; der Rechtsanwalt Justizrat v. Wilmowski aus Breslau; der Kgl. bayer. Appellationsgerichtsrat Dr. G. Schmitt aus München; der Kgl. sächs. Geh. Justizrat Abeken aus Dresden, später an dessen Stelle der Appellationsgerichtspräsident Klemm aus Zwickau; der Kgl. württemb. Obertribunalsrat v. Kohlhaas aus Stuttgart; der Großh. bad. Ministerialrat Dr. Gebhardt aus Karlsruhe und der Großh. mecklenb.-schw. Ministerialrat v. Amsberg aus Schwerin. Als Schriftführer wurden zugezogen: der Kgl. preuß. Kreis- und Stadtgerichtsrat E. Hagens aus Danzig und der Kgl. preuß. Kreisrichter Polenz aus Sprottau.

**) Erschienen Berlin 1872, im Verlag der Geh. Ober-Hofbuchdruckerei (R. v. Decker). Citiert als „Entwurf II“.

***) Dieselben betrafen die §§ 255 Abs. 1 und 364 Abs. 2 des Entwurfs.

dem Deutschen Reichstage vorgelegt (Entwurf III).*) Die Vorlage ist mit ausführlicher Begründung versehen; die Begründung schließt sich im wesentlichen an die Motive an, welche die vom Bundesrat eingesetzte Kommission ihrem Entwurfe beigegeben hatte.**)

In den Sitzungen vom 24.—27. November 1874 passierten die Gesetzentwürfe die erste Lesung und wurden in eine Kommission von achtundzwanzig Mitgliedern verwiesen. Durch Gesetz vom 23. Dezember 1874, betreffend die geschäftliche Behandlung des Gerichtsverfassungsgesetzes ꝛc. ꝛc., wurde der Kommission die Ermächtigung erteilt, in der Zeit zwischen dieser und der nächsten Reichstagssession ihre Sitzungen fortzusetzen. Da die Arbeiten der Kommission bei Wiederzusammentritt des Reichstags (29. Oktober 1875) noch nicht vollendet waren, so wurden die Mitglieder der Kommission durch Akklamation wieder gewählt, und durch Gesetz vom 1. Februar 1876 die Befugnis, zwischen den Reichstagssessionen zu tagen, verlängert.***)

Die drei Gesetzentwürfe sind von der Kommission in zwei Lesungen durch=

---

*) Die Vorlage an den Reichstag ist mit Entwurf III — dritter deutscher Entwurf — bezeichnet. Sie ist auch gemeint, wenn schlechthin von „dem Entwurfe" gesprochen wird.

**) Auf die offizielle, dem Reichstag vorgelegte Ausgabe der Motive beziehen sich die Seitenangaben im Kommentare. Diese offizielle Ausgabe ist nicht im Buchhandel erschienen. Eine nicht offizielle Ausgabe erschien bei Kortkampf, Berlin 1874. Abgedruckt ist der Entwurf mit den Motiven in Hahns Materialien ꝛc. Darin sind die Seiten der off. Ausgabe angemerkt.

***) Mitglieder der Kommission waren: Vorsitzender: Dr. Miquél, Oberbürgermeister (Osnabrück); stellvertretender Vorsitzender: Dr. v. Schwarze, Generalstaatsanwalt (Dresden); Schriftführer: Eysoldt, Advokat (Pirna), Dr. Mayer, Appellationsgerichtsrat (Augsburg), Struckmann, Obertribunalsrat (Berlin) und Thilo, Kreisgerichtsdirektor (Delitzsch). Ferner: Dr. Bähr, Obertribunalsrat (Berlin); Becker, Oberappellationsgerichtsrat (Oldenburg); Bernards, Landgerichtsrat (Düsseldorf); v. Forcade de Biaix, Obertribunalsrat (Berlin); Gaupp, Kreisgerichtsrat (Ellwangen); Dr. Gneist, Oberverwaltungsgerichtsrat und Professor (Berlin); Dr. Grimm, Rechtsanwalt (Mannheim); Hauck, Bezirksamtmann (Markt=Scheinfeld); Herz, Bezirksgerichtsrat (Nürnberg); v. Jagow, Wirkl. Geh. Rat, Oberpräsident (Potsdam); Klotz, Kreisgerichtsrat (Berlin); Krätzer, Appellationsgerichtsrat (Passau); Dr. Lasker, Rechtsanwalt (Berlin); Dr. iur. Lieber (Camberg); Dr. Marquardsen, Professor (Erlangen); v. Puttkamer, Appellationsgerichtsrat (Colmar); Pfafferott, Oberamtsrichter (Liebenburg); P. Reichensperger, Obertribunalsrat (Berlin); v. Schöning, Landrat (Pegnitz); Dr. Völk, Rechtsanwalt (Augsburg); Dr. Wolffson, Advokat (Hamburg); Dr. Zinn, Direktor der Irrenanstalt Eberswalde. An Stelle des nach seiner Ernennung zum Ministerialpräsidenten aus der Kommission ausgeschiedenen Dr. Grimm trat für wenige Sitzungen Dr. Blum (Heidelberg) ein. Als Protokollführer waren der Kommission beigeordnet: Gerichtsassessor R. Sydow (Berlin), während dessen Erkrankung zur Aushilfe Kreisrichter Ege (Stuttgart); Dr. iur. L. Seuffert, Stadtgerichtsassessor (München), nach dessen Berufung zur Professur: Mettenleiter, Stadtgerichtsassessor (München), und Dr. phil. G. Schreber, Assessor (Leipzig). Als Regierungskommissare des Reichs und der Einzelstaaten nahmen an den Beratungen über die CPrO. teil: der Direktor im Kanzleramte, Wirkl. Geh. Oberregierungsrat v. Amsberg; Kais. Geh. Oberregierungsrat Hanauer; Kais. Geh. Regierungsrat Hagens; Kgl. preuß. Geh. Oberjustizrat Kurlbaum II.; der Kgl. preuß. Oberst=Lieutenant Blume (sämtliche aus Berlin); der Kgl. bayer. Appellationsgerichtsrat Dr. Hauser (München); der Kgl. württemb. Ministerialrat Heß (Berlin); der Kgl. württemb. Obertribunalsrat v. Kohlhaas (Stuttgart) und der Kgl. sächs. Geh. Justizrat Held (Dresden). An einzelnen Sitzungen beteiligten sich der Kgl. preuß. Staats= und Justizminister Dr. Leonhardt und der Kgl. bayer. Staatsminister der Justiz Dr. v. Fäustle.

beraten worden. Die Kommission hielt in der Zeit vom 26. Januar 1875 bis 3. Juli 1876 160 Sitzungen, davon sind 48 Sitzungen ganz, 5 Sitzungen teilweise den Beratungen über die CPrO. nebst Einführungsgesetz gewidmet.*) Die Kommission beschloß zahlreiche, aber keine in die Grundlagen des Entwurfs eingreifende Änderungen. Die bedeutsamsten Änderungen betrafen die Einführung einer Revisionssumme (s. Bem. Nr. 1 zu § 508) und die Gestaltung des Entmündigungsverfahrens (s. Bemerkungen zum Titel des 6. Buchs 2. Abschnitts). Über die Ergebnisse der Beratung wurde schriftlicher Bericht an den Reichstag erstattet. Berichterstatter bezüglich der Civilprozeßordnung war der Abgeordnete Becker (Oldenburg).**)

Der Bundesrat beanstandete die Beschlüsse der Reichstagskommission nur in wenigen Punkten. Die Beanstandungen wurden dem Reichstage durch Schreiben des Reichskanzlers vom 3. November 1876 mitgeteilt. In der 168sten und 169sten Sitzung (8. und 9. November 1876) wurden die auf die Civilprozeßordnung, in der 173sten Sitzung (13. November 1876) die auf das Einführungsgesetz bezüglichen Beschlüsse des Bundesrats in Beratung gezogen. Nur teilweise wurde denselben entsprochen.

Am 17. November 1876 trat der Reichstag in die zweite Lesung der Justizgesetze ein. Am 18. November wurde die Civilprozeßordnung, am 27. November 1876 das Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung unverändert nach den Kommissionsbeschlüssen angenommen. Mit Schreiben vom 12. Dezember 1876 teilte der Reichskanzler dem Präsidenten des Reichstags mit, der Bundesrat habe beschlossen, gegen die Entwürfe der Civilprozeßordnung sowie des dazu gehörigen Einführungsgesetzes in der Fassung, in welcher diese Entwürfe aus der zweiten Beratung des Reichstags hervorgegangen seien, Einwendungen nicht zu erheben. Die Einwendungen gegen die auf die anderen Gesetze bezüglichen Beschlüsse sind hier nicht zu berühren.

Am 21. Dezember 1876 wurde die Civilprozeßordnung nebst dem Einführungsgesetze nach den Beschlüssen der zweiten Lesung in dritter Beratung und Schlußabstimmung vom Reichstage mit überwiegender Majorität, fast mit Einstimmigkeit angenommen.

Am 22. Dezember 1876 beschloß der Bundesrat, den Entwürfen, wie sie in dritter Lesung festgestellt waren, zuzustimmen.

Am 30. Januar 1877 wurde die Civilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz vom Kaiser durch Unterschrift vollzogen.

Das am 19. Februar 1877 ausgegebene Reichsgesetzblatt Nr. 6 publizierte die beiden Gesetze.

---

*) Über die Sitzungen sind offizielle Protokolle geführt worden. Die offizielle Ausgabe dieser Protokolle (Berlin, gedruckt bei J. Sittenfeld) kam nicht in den Buchhandel. Diese offizielle Ausgabe ist im Kommentar citiert. Die Protokolle erschienen mit Angabe der Seiten der offiziellen Ausgabe in Hahns Materialien ꝛc.

**) Die Feststellung des Berichtes erfolgte in der 162sten Sitzung. Einige redaktionelle Änderungen im Entwurfe wurden noch in der 163sten Sitzung genehmigt.

Die Civilprozeßordnung trat nach § 1 des Einführungsgesetzes zur CPrO. im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetze in Kraft. Das Gerichtsverfassungsgesetz trat am 1. Oktober 1879 in Kraft.

II.

Die Benutzbarkeit der Vorarbeiten für die Auslegung.*)

Das in den Vorarbeiten enthaltene Material hat keine die Freiheit der Interpretation bindende Autorität.

Zur Begründung dieses Satzes genügt es, darauf zu verweisen, daß die im Lauf des Entstehungsprozesses eines Gesetzes gleichviel ob von allen oder von einzelnen Faktoren der Gesetzgebung geäußerten Ansichten über den Sinn eines Gesetzeswortes nicht zu der für die Rechtsnorm erforderlichen formalen Vollziehung und Publikation gelangt sind.

Gleichwohl haben die Vorarbeiten des Gesetzes eine weit größere Bedeutung, als nur die einer Quelle von Denkstoff für den Ausleger.

Das vom Staat zum Gesetz erhobene, die Rechtsnormen bergende und zum Ausdruck bringende Wort ist das Ergebnis individueller Geistesarbeit. Diese Arbeit wurde im Auftrage eines oder mehrerer Gesetzgebungsfaktoren ausgeführt. Die Faktoren der staatlichen Gesetzgebungsgewalt, deren Träger doch auch wieder Individuen sind, haben jene Geistesarbeit adoptiert. Was im Laufe der Vorarbeiten von den einzelnen dabei beteiligten Personen über den Sinn bestimmter Worte und Redewendungen geäußert worden ist, ist nicht Äußerung des Staatswillens; denn durch die Publikation des Produktes jener Arbeit als Gesetz ist dieselbe von der Individualität der Produzenten losgelöst, und diese letzteren waren nicht berechtigt, den

*) Litteratur: Wächter de lege Saxonica d. VIII m. Febr. a. 1834 lata Comm. (1835) S. 46—57; derselbe Abhandlungen aus dem Strafrecht (1835) I S. 242—249; derselbe Württemb. Privatrecht (1842) II S. 148 ff.; Schletter de subsidiis interpretationis ex iis quae in comitiis acta sunt petendis (1839); Mittermaier die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung Beitr. I (1841) c. 23 S. 217 ff.; Krug Jahrb. für sächs. Strafrecht (1840) I S. 249 ff.; derselbe Grundsätze der Gesetzauslegung in ihrer Anwendung auf die neueren Deutschen Strafgesetzbücher (1848); Schaffrath Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze (1842); R. v. Mohl Arch. d. Kriminalrechts (1843) St. 2 u. 3 (wesentlich unverändert) in dessen Werk „Staatsrecht, Völkerrecht und Politik (1860) S. 96 ff.; Goldschmidt Handb. des Handelsrechts 1. Aufl. 1864 I S. 222, 223, 2. Aufl. 1874 I S. 312 ff.; derselbe in der Ztschr. f. d. ges. HR. X (1866) S. 40 ff.; Schlesinger Gött. Gel.-Anz. 1864 St. 50 S. 1908 ff.; Hahn Kommentar zum D. HGB. Einleitung 2. Aufl. S. XLVIII ff.; derselbe in Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XII S. 175 ff.; Bierling Ztschr. f. Kirchenrecht (Dove und Friedberg) X (1871) S. 141 ff.; Endemann der Deutsche Civilprozeß (1878) I S. 26 ff.; G. F. H. Meyer in (Gruchots) Beitr. z. Erl. d. R. XXIII (1879) S. 1 ff.; Gaupp Komm. (1879) Einl. XXXIV; Schultze Ztschr. f. d. CPr. II (1880) S. 60 ff.; Deutschmann Beitr. z. E. d. DR. XXIV (1880) S. 817 ff.; Behrend Lehrb. d. Handelsrechts (1880) I S. 74 ff.; Petersen in (Hausers) Ztschr. f. R. u. LR. IV (1880) S. 74 ff.; Struckmann-Koch Komm. (5. Aufl.) S. XIX ff.; Kohler Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIII S. 1 ff.; Wach Handb. I S. 254 ff.; Planck Lehrb. I S. 15.

Willen der Gesetzgebungsfaktoren zu äußern. Gleichwohl ist, wo nicht besondere Gründe entgegenstehen, anzunehmen, daß der den Gesetzgebungsfaktoren bekannte Sinn, in welchem Worte und Redewendungen von den bei den Vorarbeiten beteiligten Personen verstanden worden sind, von ihnen gebilligt ist. Gewiß sind in den Vorarbeiten mißverständliche Ansichten über den Sinn und die Tragweite von in das Gesetz übergegangenen Worten und Redewendungen geäußert worden; aber das ändert nichts an der Thatsache, daß in weitaus den meisten Fällen derartige Äußerungen zutreffend sind.

Ferner bilden die Vorarbeiten sehr wichtige Hülfsmittel zu der für jede Gesetzesauslegung notwendigen historischen Betrachtung. Ohne Kenntnis des früheren Rechtszustandes ist das richtige Verständnis eines Gesetzes oft nicht möglich. Nicht bloß enthalten die Vorarbeiten an vielen Stellen Vergleichungen mit dem früheren gemeinen und mit dem partikularen Prozeßrecht, sondern man kann aus denselben die subjektiven Anschauungen der Verfasser über früheres Recht entnehmen, woraus sich dann wieder Schlüsse auf die bei der Aufnahme und Formulierung der einzelnen Gesetzessätze obwaltenden Absichten gewinnen lassen. Fruchtbar für die historische Auslegung erweist sich aber auch die Vergleichung der verschiedenen Entwürfe mit einander. Nicht selten wird aus den mit einem Gesetzesparagraphen vorgenommenen Veränderungen ersichtlich, welcher Gedanke in demselben zum Ausdruck gebracht werden wollte. Wenn man zur Interpretation des justinianischen Gesetzbuches die vorjustinianischen Texte von Juristenschriften und Konstitutionen benutzt und aus deren Veränderungen durch die Kompilatoren Schlüsse auf die Tendenzen der letzteren zieht, warum sollte die entsprechende Operation bei modernen Gesetzen weniger berechtigt sein?

Endlich würde den Vorarbeiten, auch wenn man sie nur als Privatarbeiten betrachtete, eine nicht zu unterschätzende wissenschaftliche Autorität zukommen. Nicht die schwächsten der deutschen Juristen sind berufen gewesen, sei es als Kommissare der Regierungen, sei es als Mitglieder der Vorkommissionen oder der Reichstagskommission, bei der Gesetzgebungsarbeit mitzuwirken. Deren in den Vorarbeiten enthaltene Ansichten über die Bedeutung eines in das Gesetz aufgenommenen Satzes dürfen schon wegen der wissenschaftlichen Autorität ihrer Urheber nicht übersehen werden.

III.

Das Verhältnis der Civilprozeßordnung zum Gerichtsverfassungsgesetze.

Die Civilprozeßordnung ist ein Teil des großen deutschen, das gesamte Gebiet des Prozeßrechts umfassenden Gesetzgebungswerkes. Neben der Civilprozeßordnung stehen innerhalb dieses Werkes als selbständige Gesetze das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 (RGBl. S. 41—80), die Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 (RGBl. S. 253—348) und die Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (RGBl. S. 351—394).

Das Gerichtsverfassungsgesetz bestimmt die staatlichen Organe zur Handhabung

der Rechtspflege in dem durch die Prozeßordnungen geregelten Verfahren. Dasselbe regelt die Organisation der Civilgerichte und deren sachliche Zuständigkeit. Zur Ausübung der ordentlichen streitigen Civilgerichtsbarkeit erster Instanz bestehen Landgerichte und Amtsgerichte mit örtlich abgegrenzten Gerichtsbezirken. Die Verfassung der Landgerichte ist eine kollegialische, während die Amtsrichter als Einzelrichter verhandeln und entscheiden. Den Amtsgerichten sind alle Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt, sowie eine Anzahl einfacher oder schleunige Erledigung erheischender oder regelmäßig auf Grund genauer örtlicher Kenntnis zu entscheidender Rechtsstreitigkeiten überwiesen (§ 23 des GVG.). Für alle nicht den Amtsgerichten zugeteilten Rechtsstreitigkeiten sind die Landgerichte zuständig (§ 70 Abs. 1 des GVG.). Letzteren Gerichten kommt ferner die ausschließliche Zuständigkeit ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zu in gewissen Rechtsstreitigkeiten von besonderem publizistischem Interesse (§ 70 Abs. 2 und 3 des GVG.). Bei den Landgerichten können für deren Bezirke oder für örtlich abgegrenzte Teile derselben Kammern für Handelssachen errichtet werden, soweit die Landesjustizverwaltung ein Bedürfnis als vorhanden annimmt. Diese Kammern, welche in der Besetzung mit einem Mitgliede des Landgerichts als Vorsitzendem und zwei auf gutachtlichen Vorschlag des zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organs ernannten Handelsrichtern entscheiden, sind nicht besondere Gerichte, sondern Bestandteile der Landgerichte. Die sachliche Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen bemißt sich daher nach der sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte. Innerhalb dieser Zuständigkeit sind denselben, soweit sie bestehen, zugewiesen die Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch die Klage ein Anspruch gegen einen Kaufmann aus beiderseitigen Handelsgeschäften (Art. 271—276 des Handelsgesetzbuchs) oder aus einem Wechsel im Sinne der Wechselordnung oder aus gewissen spezifisch kaufmännischen Rechtsverhältnissen geltend gemacht wird (§ 101 des GVG.). Die Amts- und die Landgerichte, letztere einschließlich der Kammern für Handelssachen, sind ordentliche Gerichte. Als Gerichte zweiter Instanz sind den Amtsgerichten die Landgerichte, den Landgerichten, einschließlich der Kammern für Handelssachen, die Oberlandesgerichte übergeordnet (§ 123 des GVG.). Bei den Oberlandesgerichten sind besondere Kammern für Handelssachen nicht vorgesehen. Die Gerichtsbarkeit dritter Instanz wird, vorbehaltlich der nach § 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze möglichen Modifikation durch Errichtung eines obersten Landesgerichts, von einem für das Reich gemeinsamen Gerichtshofe, dem Reichsgericht, ausgeübt (§ 135 des GVG.).

Das Gerichtsverfassungsgesetz enthält die Vorschriften über die Befähigung zum Richteramt (§ 1—11), über die Gliederung und die Besetzung der Gerichte (§§ 22, 24, 58—69, 77, 78, 100, 109—117, 119, 120—122, 124, 132—134, 137, 138—141 des GVG.), über die Nebenorgane der Gerichte: Staatsanwaltschaft (§§ 142—153 des GVG.), Gerichtsschreiberei (§ 154 des GVG.), Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte (§§ 155, 156 des GVG.).

Auch regelt das Gerichtsverfassungsgesetz diejenigen Materien des Verfahrens,

welche eine gleichheitliche Regelung durch die drei Prozeßordnungen hindurch vertragen, und giebt demgemäß die Vorschriften über die von den deutschen Gerichten sich gegenseitig zu leistende Rechtshülfe (§§ 157—169 des GVG.), über Öffentlichkeit des Verfahrens und Sitzungspolizei (§§ 170—185 des GVG.), über die Gerichtssprache (§§ 186—193 des GVG.), über Beratung und Abstimmung (§§ 194—200 des GVG.) und über die Gerichtsferien (§§ 201—204 des GVG.).

Der Umstand, daß Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz als integrierende Teile eines als Einheit gedachten Gesetzgebungswerkes erlassen sind, berechtigt, bei der Gesetzesauslegung Schlüsse von einem Gesetze auf den Sinn des anderen zu ziehen.

IV.

Litteratur zur Civilprozeßordnung.

A. Kommentare.

L. Frhr. v. Bülow. Die Civilprozeßordnung und ihre Nebengesetze. 2. Aufl. Hannover. 1882.

W. Endemann. Der deutsche Civilprozeß. Erläuterungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Civilprozeßordnung des Deutschen Reichs samt Einführungsgesetzen. 3 Bände. Berlin. 1878, 1879.

A. Förster. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Unter besonderer Berücksichtigung des Preußischen Allgemeinen Landrechts. Grünberg in Schl. 1884—1888.

L. Gaupp. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst den auf den Civilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen. Mit eingehender Berücksichtigung des Württembergischen Landesrechts. 3 Bände. Freiburg und Tübingen. 1879—1881.

F. Hellmann. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 3 Bände. Erlangen. 1878, 1879.*)

O. Kleiner. Kommentar zur Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3 Bände. Würzburg. 1878—1882.

J. Petersen. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 2. Aufl. Lahr. 1883.

E. T. Puchelt. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2 Bände. Leipzig. 1877, 1878.

O. Reincke. Die deutsche Civilprozeßordnung für die Praxis erläutert. Berlin. 1885.

v. Sarwey. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2 Bände. Berlin. 1879, 1880.

E. Siebenhaar. Kommentar zur Civilprozeßordnung. Leipzig. 1877.

J. Struckmann und R. Koch. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich

*) Die 1881 ausgegebene sog. „Neue Ausgabe“ ist die alte mit neuem Titelblatt.

nebst den auf den Civilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen. 5. Aufl. Berlin und Leipzig. 1887.

G. F. Chr. Übel. Commentar der Civilprozeßordnung. 2 Bände. Bamberg. 1878.

G. v. Wilmowski und M. Levy. Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 5. Aufl.*) Berlin. 1889.

Dieselben. Handausgabe der Civilprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes auf Grundlage ihres Kommentars. Berlin. 1884.

B. Systematische Bearbeitungen.

L. v. Bar. Das Deutsche Civilprozeßrecht, mit Rücksicht auf die Justizgesetze des Deutschen Reichs in den Grundzügen systematisch dargestellt. Supplement zur 3. Auflage der v. Holtzendorff'schen Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Ausgabe. Leipzig. 1882.

K. Birkmeyer. Grundriß und Materialien zur Vorlesung über den ordentlichen Civilprozeß. Einleitung und allgemeiner Teil. Rostock u. Berlin. 1886.

R. Bolgiano. Handbuch des Reichs-Civil-Prozeßrechts. Allgemeiner Teil. Stuttgart. 1879.

H. Fitting. Der Reichscivilprozeß. 6. Aufl. Berlin. 1884.**)

F. Hellmann. Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts für den akademischen und praktischen Gebrauch. München. 1885.***)

Meves. Die Civilprozeßordnung und die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nach jetzt geltendem preuß. Recht. Breslau. 1881.

J. W. Planck. Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1. Band. Allgemeiner Teil. Nördlingen. 1887.

E. Remelé. Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. Köln. 1878.

V. Rintelen. Systematische Darstellung des gesamten neuen Prozeßrechts einschließlich des Gerichtsverfassungsrechts in seiner Gestaltung für die ordentlichen Gerichte des ganzen preußischen Staates und für das Reichsgericht auf Grund der Reichsgesetzgebung, der preußischen Landesgesetzgebung, sowie der Vorschriften der preußischen Justizverwaltung. 2 Bände. Breslau. 1880.

P. H. J. Schelling. Lehrbuch des deutschen Civilprozesses. Erlangen. 1880.

A. Wach. Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1. Band. Leipzig. 1885.

R. Warmuth. Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. 1. Band (enthaltend den allgemeinen Teil). Straßburg i. E. 1881.

J. Kohler. Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Civilprozesses. Mannheim. 1888.

A. Wach. Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung. Bonn. 1879.

---

*) Da die 5. Auflage erst während des Druckes dieses Kommentars zu erscheinen begann, ist die 4. Aufl. citiert.

**) Seit der 4. Aufl. nicht verändert.

***) Darüber vgl. die kritischen Besprechungen von Birkmeyer Kr. VJSchr. XXVII S. 547 ff., Gösch Mecklenb. Ztschr. V S. 261 ff., Leonhard Ztschr. f. d. CPr. XI S. 115 ff., L. Seuffert Deutsche Litt.-Zeit. 1886 Sp. 527 ff.

Civilprozeßordnung.

Vom 30. Januar 1877.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden, Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.
verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Erstes Buch.
Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt.
Gerichte.

Erster Titel.
Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

[Litteratur: Renaud z. L. v. d. gerichtlichen Zuständigkeit Ztschr. f. d. CPr. V S. 1 ff., Wach I § 28 S. 347 ff., Planck I § 6.]

Die Befugnis einer Art von Gerichten zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in gewissen Arten von Sachen und in gewissen Prozeßstadien heißt sachliche Zuständigkeit. Nach den Regeln über sachliche Zuständigkeit ist zu beurteilen, ob eine Sache vor die ordentlichen Gerichte (GVG. § 12) oder vor ein besonderes Gericht (GVG. § 14), ob sie in erste Instanz vor ein Amts- oder ein Landgericht (vor eine Kammer für Civil- oder für Handelssachen) gehört, und welche Gerichte zur Verhandlung über Rechtsmittel berufen sind. Den Gegensatz zur sachlichen Zuständigkeit bildet die Befugnis eines von mehreren Gerichten derselben Art zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in einer einzelnen Sache. Man bezeichnet diese Befugnis als örtliche [Renaud a. a. O. als subjektive, persönliche] Zuständigkeit. Der Ausdruck örtliche Zuständigkeit kommt in der CPrO. nicht vor. Das Gesetz gebraucht dafür den Ausdruck Gerichtsstand (§ 11 ff.). Im GVG. § 144, 159 bezeichnet „örtliche Zuständigkeit" die Befugnis, Amtshandlungen in einem Bezirke vorzunehmen.

Zuständig sein, Zuständigkeit sind neutrale Ausdrücke, welche sowohl sachliche wie örtliche Zuständigkeit bezeichnen (z. B. Überschrift des 3. Titels des 1. Buchs 1. Abschnitts).

Entsprechend enthält der Ausdruck Unzuständigkeit die Negation der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit eines Gerichts.

§ 1.

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.

Motive S. 48. KPr. S. 4. 506.

1. Die einschlägigen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. Januar 1877 sind enthalten in §§ 23, 70, 101—108, 123, 135. Vgl. dazu § 8 des EG. z. GVG.

2. Die CPrO. enthält Bestimmungen über sachliche Zuständigkeit in § 448 Abs. 2 und 3 für die Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises; in § 471 für den freiwilligen Sühneversuch; in § 568 für Ehesachen; in § 571 für den Sühneversuch in Ehesachen; in §§ 594, 606, 617, 620, 621, 624—626 für Entmündigungssachen; in § 629 für das Mahnverfahren; in §§ 684, 729, 755, 759 für das Zwangsvollstreckungs- und Verteilungsverfahren; in §§ 799, 815, 820 für Arreste und einstweilige Verfügungen; in § 834 für Klagen gegen das Ausschlußurteil.

3. Die sachliche Zuständigkeit ist eine ausschließliche in den Fällen der §§ 70 Abs. 2 und 3, 123, 135 des GVG. (vgl. § 8 des EG. z. GVG.); dann der CPrO. §§ 448 Abs. 3, 568, 571, 594, 606, 617, 620, 621, 624—626, 629, 684, 729, 755, 799, 815 (vgl. Bem. zu § 707). Keine ausschließliche Zuständigkeit bestimmt GVG. § 23 Nr. 2 [vgl. RG. v. 4. Mai 1883 Entsch. IX Nr. 101 S. 350]. Kommt einer Art von Gerichten ausschließliche Zuständigkeit zu, so ist Prorogation an Gerichte anderer Art ausgeschlossen (§ 40).

4. Nach HGB. Art. 190a (in d. Fass. d. RG. v. 18. Juli 1884) sind für die daselbst bezeichneten Klagen auf Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung die Landgerichte ausschließlich zuständig.

§ 2.

Insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werte des Streitgegenstandes abhängt, kommen die nachfolgenden Vorschriften zur Anwendung.

Mot. S 48—50. KPr. S. 4, 506.

1. Die Zuständigkeit der Gerichte hängt von dem Werte des Streitgegenstandes ab in dem Falle des GVG. § 23 Nr. 1 vgl. m. § 70.

2. Die Bestimmungen der §§ 3—9 sind auch maßgebend nach § 508 Abs. 2 für die Berechnung des Wertes des Beschwerdegegenstandes bei der Revision; nach § 649 Nr. 4 für die Berechnung des Wertes des Gegenstandes der Verurteilung; nach GKG. § 9 und GO. f. RA. § 10 für die Berechnung der Gerichts- und Anwaltsgebühren.

§ 3.

Der Wert des Streitgegenstandes wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt; dasselbe kann eine beantragte Beweisaufnahme sowie von Amtswegen die Einnahme des Augenscheines und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Mot. S. 48—50. KPr. S. 4, 506.

* Litteratur zu §§ 3—9: J. Schmidt der Werth des Streitgegenstandes als hauptsächlicher Kostenfaktor (Leipzig 1884), Gerlach Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 44 ff. (wertlos), Wach I § 31, Planck I § 10.

1. Was Streitgegenstand ist, ergiebt sich aus den Anträgen des Klägers (Widerklägers). Geht der Antrag auf Verurteilung, so ist Streitgegenstand der Anspruch an den Gegner, soweit darüber Urteil begehrt wird. Wird Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses beantragt, so ist Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, soweit darüber Urteil begehrt wird [vgl. RG. v. 23. Mai 1883 SA. XXXIX Nr. 243], bei der Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde ist die Echtheit der Urkunde Streitgegenstand (über dessen Bewertung s. Bem. Nr. 7 zu § 231). Der Streitgegenstand wird einseitig durch die Partei bestimmt, welche als Kläger (Widerkläger) auftritt. Darum sind Einreden (z. B. Kompensationseinrede) für den Umfang des Streitgegenstandes belanglos. Deswegen ist bei dem aus zweiseitigem Vertrage entspringenden Anspruche auf Leistung gegen Gegenleistung die Leistung für die Bewertung des Streitgegenstandes maßgebend ohne Rücksicht auf die Gegenleistung [RG. 5. Juli 1881 Entsch. V Nr. 116 S. 409; vgl. a. 7. Apr. 1883 XII Nr. 36 S. 155, Wach I § 30 N. 13]. Wird mit einem primären Antrage ein eventueller verbunden, so sind beide Anträge bei der Bewertung des Streitgegenstandes zu berücksichtigen; der Wert des höheren Streitgegenstandes ist der maßgebende. [Vgl. RG. 28. Sept. 1886 SA. XLII Nr. 322.] Wird die Verurteilung des Beklagten zu alternativer Leistung nach seiner Wahl gefordert, so ist die alternative Leistungspflicht Streitgegenstand; bei der Schätzung ist zunächst der minderwertige Leistungsgegenstand ins Auge zu fassen, unter der Berücksichtigung der Chance, daß durch spätere Unmöglichkeit, den minderwertigen Gegenstand zu leisten, die Konzentration auf den mehrwertigen eintrete.

2. Zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit den Wert des Streitgegenstandes festzusetzen, ist das Gericht in dem sog. kontradiktorischen Verfahren nur veranlaßt, wenn der Beklagte die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts mit Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes rechtzeitig bestritten hat (vgl. §§ 38, 39, 242 Nr. 1). Da nach § 230 Abs. 3 in der Klageschrift der Wert des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden soll (instruktionell!), wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werte abhängt, so steht der Beklagte regelmäßig einer Behauptung des Klägers über den Wert des Streitgegenstandes gegenüber und muß diese Behauptung bestreiten, wenn er die Zuständigkeit mit Rücksicht auf den Wert bestreiten will. Versäumt der Kläger den Termin zur mündlichen Verhandlung und beantragt der Beklagte Versäumnisurteil (§ 295), so hat das Gericht keine Veranlassung den Wert des Streitgegenstandes zu prüfen. Denn, wenn der Beklagte erschienen ist, hat das Gericht seine Zuständigkeit nur insoweit von Amtswegen zu prüfen, als Regeln über ausschließliche Zuständigkeit etwa in Frage kommen (vgl. §§ 38—40); eine ausschließliche Zuständigkeit aber wird durch den Wert des Streitgegenstandes nie begründet. Versäumt der Beklagte den Termin zur mündlichen Verhandlung und beantragt der Kläger Versäumnisurteil (§ 296), so hat zwar das Gericht seine Zuständigkeit zu prüfen; aber die auf den Wert des Streitgegenstandes bezüglichen Behauptungen des Klägers sind, deren rechtzeitige Mitteilung an den Beklagten vorausgesetzt (vgl. § 300 Nr. 3), als zugestanden anzunehmen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 296), weil aus dem Werte des Streitgegenstands keine ausschließliche Zuständigkeit entspringen kann. — Die in erster Instanz erfolgte Festsetzung des Wertes kann von dem Berufungsgericht neuer Prüfung unterzogen werden. Nicht allein zum Zwecke der Entscheidung über die Zustständigkeit kann das Gericht veranlaßt sein, den Wert des Streitgegenstandes zu bestimmen, sondern auch zum Zwecke der Bestimmung der Höhe der Gerichts- und Anwaltsgebühren. Nach GKG. § 15 u. GO. f. RA. § 11 ist jedoch die zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit des Prozeßgerichts (oder die Zulässigkeit der Revision) erfolgte Festsetzung des Wertes für die Berechnung der Gerichts- und Anwaltsgebühren maßgebend.

3. Das Gericht hat freies Ermessen (vgl. § 259) bei Festsetzung des Wertes, d. h. es ist unbeengt durch irgend welche nicht in den §§ 4—9 enthaltene Regeln über Wertsermittelung. Die in der KO. §§ 58, 59, 62, 63 aufgestellten Bestimmungen über die Ansetzung betagter und bedingter Ansprüche und wiederkehrender Hebungen bieten Anhaltspunkte für das richterliche Ermessen, ohne jedoch für die Ermittelung des Wertes des Streitgegenstandes im Civilprozesse bindend zu sein.

Für die Wertsschätzung ist der nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilende Wert des Streitgegenstandes maßgebend. (Nordd. Prot. I S. 80.) Ein anderer Wert als der sog. Verkehrswert kann nur ausnahmsweise zur Berücksichtigung kommen, wenn nach dem Inhalte der Klage der Affektionswert beansprucht wird oder wenn der Streitgegenstand aus besonderen sachlichen Verhältnissen für eine der Parteien einen höheren als den gemeinen Wert hat. (Mot. S. 49.)

Auf dem Gebiete des Vermögensrechtes giebt es keine unschätzbaren Streitgegenstände [vgl. RG. 7. Juni 1882 Entsch. X Nr. 95 S. 322]. Mittels des freien Ermessens des Gerichts sind Schwierigkeiten, wie sie sich z. B. bei einer Klage auf Rechnungsablage oder auf das Recht zur Führung einer Firma ergeben können, zu überwinden.

4. Das Gericht hat zu würdigen, ob zum Zwecke der Wertsfestsetzung eine von den Parteien beantragte Beweisaufnahme erforderlich ist. Fehlt es dem Gerichte an den notwendigen Grundlagen für die Wertsfestsetzung, so kann es in Anwendung des § 135 auch von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen. Eine etwaige Beweisaufnahme geschieht nach den Vorschriften des zweiten Buchs ersten Abschnitts vierten bis elften Titels. Alle Beweismittel sind zuzulassen, auch der Eid (§§ 410, 437), soweit Thatsachen als Unterlagen zur Wertschätzung in Frage stehen. Der Wert als solcher kann nicht Gegenstand des Eides sein (§ 410). Für die Wertsermittelung sind nicht die Vorschriften über Glaubhaftmachung (§ 266) maßgebend; anders § 508 Abs. 3.

5. Entscheidungen des Reichsgerichts: a) Bei einer Klage auf Zusendung der anderswo befindlichen Handelsbücher an den Wohnort des Klägers besteht, wenn dem Kläger die Einsicht an dem Orte, wo sich die Bücher befinden, nicht verweigert wird, das Vermögensinteresse bloß in den besonderen Kosten, welche damit verbunden wären, daß der Kläger selbst oder durch einen Mandatar die Geschäftsbücher an dem Orte, wo sie sich befinden, einsehen oder sich Abschriften der betreffenden Einträge fertigen lassen müßte. 22. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 115 S. 403. (Vgl. a. bay. o. LG. SA. XXXVI Nr. 242.) b) Berechnung des Vermögensinteresses bei Klage auf Herausgabe der Geschäftsbücher einer Genossenschaft, welche von dem früheren Vorstand wegen einer Kostenforderung retiniert werden, nach freiem Ermessen. 14. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 28 S. 91. c) Bei einem Prioritätsstreit zwischen zwei Pfandgläubigern ist der Wert des Streitgegenstandes nach der kleineren der beiden Forderungen zu berechnen. 18. Dez. 1880 Entsch. IV Nr. 100 S. 366. d) Wird gegen den die Entschädigung für ein enteignetes Grundstück festsetzenden Beschluß nur von dem Expropriaten der Rechtsweg beschritten, so ist Streitgegenstand die Differenz, um welche die Erhöhung der Regierungsfestsetzung beantragt wird. 26. April 1881 Entsch. IV Nr. 107 S. 386. e) Bei Berechnung des Streitgegenstandes einer Anfechtungsklage nach RGes. v. 21. Juli 1879 ist der Betrag der Forderung des Anfechtungsklägers, nicht der höhere Wert der zurückzugewährenden Sache, maßgebend. 10. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 119 S. 394 (ist der Wert der letzteren geringer, so ist dieser maßgebend). Vgl. a. bay. o. LG. SA. XLI Nr. 311. f) Über Streitgegenstand bei Negatorienklage s. das in Bem. Nr. 3 zu § 7 cit. U. g) Bei Klage auf Herausgabe einer Wechselurkunde muß nicht der Streitgegenstand so hoch als die Wechselsumme geschätzt werden [22. Okt. 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXIX

S. 418]. h) Über Schätzung des Streitgegenstandes in dem Falle der Widerspruchsklage des Drittschuldners gegen die nach C. c. art. 2169 an ihn ergangene Aufforderung des Hypothekengläubigers s. U. v. 16. März 1883 Entsch. X Nr. 103 S. 344. i) Der Wert des Streitgegenstandes bei Klage auf Herausgabe eines hinterlegten Grundschuldbriefs, der nur als Sache zurückgefordert wird, ist nach den Kosten zu bemessen, welche die Wiederherstellung einer solchen Urkunde im Falle des Verlustes verursachen würde. 9. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1100. — Andere zunächst die Berechnung der Revisionssumme betreffende, aber auch für die Schätzung des Streitgegenstandes bedeutsame UU. s. Bem. Nr. 4 zu § 508.

Entscheidungen anderer Gerichte s. SA. XXXVIII Nr. 185 (Streit über die Art und Weise der Zahlung einer Schuld), XXXVIII Nr. 239 (Streit über Rate einer Brandentschädigung); Rhein. Arch. LXXIII S. 53 u. Ztschr. f. d. CPr. VII S. 63 (Teilungsprozeß).

§ 4.

Für die Wertsberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend; Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.

Mot. S. 48—50. KPr. S. 4, 506.

1. Der Zeitpunkt der Klagerhebung bestimmt sich nach §§ 230, 254, 460, 461; der Zeitpunkt der Erhebung einer Widerklage nach § 254. Der in dem Zeitpunkt der Klagerhebung vorhandene Wert bleibt für die Dauer des Rechtsstreits maßgebend (§ 235 Nr. 2). Anders verhält es sich, wenn nicht der Wert des Streitgegenstandes, sondern dieser selbst im Laufe des Prozesses sich verändert. Nach § 235 Nr. 2 bleibt zwar die Minderung des Streitgegenstandes oder die Ermäßigung der Streitansprüche von der einen oder anderen Seite auf die Zuständigkeit des Landgerichts ohne Einfluß. Entgegengesetzt ist aber die Sache unter Beachtung der Vorschriften über die Prorogation für den Fall geregelt, daß durch Anträge aus §§ 240 Nr. 2, 3, 253 oder durch Erhebung einer Widerklage der Gegenstand des bei einem Amtsgericht anhängigen Rechtsstreits erweitert wird (§ 467). (Mot. S. 49.)

2. Früchte — sowohl fructus civiles als naturales. — Nutzungen — sowohl gesetzliche als vertragsmäßige (Nordd. Prot. I S. 80). Der Ausdruck Nutzungen ist der Terminologie des ALR. (I 2 § 110, I 9 § 220) entnommen, aber nicht einseitig aus dem ALR. zu deuten. Der Begriff Nutzung umfaßt außer den Früchten und Zinsen auch andere Vorteile, welche aus einer Sache gezogen werden. — „Zinsen" — vereinbarte und gesetzliche. — „Schäden" — damnum emergens und lucrum cessans, einschließlich einer Konventionalstrafe, natürlich immer unter der Voraussetzung, daß sie als Nebenforderung geltend gemacht wird. — „Kosten" — gerichtliche und außergerichtliche (z. B. Protestkosten). — Pertinenzen gehören nicht zu den außer Ansatz bleibenden Nebensachen.

3. Alle Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden, Kosten bleiben bei der Wertsberechnung schlechthin und nicht nur hinsichtlich des während der Dauer des Prozesses auflaufenden Betrags außer Betracht, wenn der Anspruch darauf als Nebenforderung d. i. in demselben Prozeß mit einem Hauptanspruche und in Abhängigkeit von dem Hauptanspruche geltend gemacht wird, so daß er als ein aus dem Hauptanspruche heraus entstandener erscheint und nur mit diesem bestehen kann. Nicht als Nebenforderung erscheint daher der Anspruch auf eine eventuelle, für den Fall der Abweisung oder der Nichterfüllung des ersten Anspruchs zu gewährende Leistung. Andererseits genügt es nicht, um eine Forderung als Nebenforderung zu charakterisieren, daß sie von einem anderen Anspruche abhängig ist. Es muß das Verhältnis von accessorium zu einem principale vorhanden sein. Es ist möglich, daß Früchte,

Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten, obwohl zugleich mit anderen Sachen eingeklagt, doch nicht Nebensachen sind; z. B. wenn der Auftraggeber von dem Beauftragten die Ablieferung eines von letzterem einkassierten Kapitals nebst den Zinsen verlangt. — Bei Berechnung des Wertes einer Regreßforderung des Wechselinhabers, welcher den Wechsel mangels Zahlung hat protestieren lassen, ist nur die Wechselsumme ohne Provision, Protestkosten, Portoauslagen anzusetzen und zwar, wenn die Regreßsumme nach Kurs gefordert wird, nach dem Kurse eines vom Zahlungsort auf den Wohnort des Beklagten wegen der Wechselsumme gezogenen Sichtwechsels. Nimmt ein Indossant, welcher den Wechsel eingelöst hat, gegen seinen Vormann Regreß, so ist die ganze gezahlte Summe zu dem Kurse eines Sichtwechsels vom Wohnort des Indossanten auf den des Beklagten Hauptforderung; die Zinsen von dieser Summe, die dem Indossanten entstandenen Kosten, seine Provision sind Nebenforderungen. [Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 476 f.]

4. Entscheidungen des Reichsgerichts: a) Provision, Protestkosten, Portoauslagen sind bei Berechnung der Revisionssumme (folglich auch des Wertes des Streitgegenstandes) nicht zu berücksichtigen. 23. Dez. 1879 Entsch. I Nr. 83 S. 228 u. 10. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 117 S. 411. (Aus den Auszügen ist nicht zu ersehen, ob Klage nach Art. 50 oder 51 der WO. vorlag. Nur für die erstere sind die Entscheidungen richtig.) b) Bei Berechnung des Streitgegenstands in einem Prioritätsstreite zwischen zwei Gläubigern sind die Zinsen nicht zu berücksichtigen. 18. Dez. 1880 Entsch. IV Nr. 100 S. 367, 23. Juni 1882 VII Nr. 98 S. 327, 25. März 1887 XVIII Nr. 80 S. 373; vgl. a. Entsch. VII Nr. 98, X Nr. 103 u. Nr. 121, XII Nr. 64. c) Der vom Cessionar gegen den Cedenten neben dem Anspruch auf Rückzahlung der Valuta geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Kosten des wider den Schuldner geführten Prozesses ist keine Nebenforderung im Sinne des § 4. 18. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 106 S. 365. d) Die Forderung auf Ersatz von Futterkosten ist bei actio redhibitoria gegen einen Pferdekauf nicht Nebenforderung i. S. des § 4. RG. 7. Mai 1884 Entsch. XIII Nr. 106 S. 396.

5. Die Bestimmung des § 4 kann zur Folge haben, daß, wenn der Wert solcher Nebenforderungen die Zuständigkeit der Amtsgerichte übersteigt, ihre Geltendmachung aber in Verbindung mit einem geringeren Hauptanspruche erfolgt, das Amtsgericht, wenn dagegen die Nebenforderungen selbständig eingeklagt werden, das Landgericht zuständig ist. (Mot. S. 49 f.)

§ 5.

Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet; eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage findet nicht statt.

Mot. S. 48–50. KPr. S 4, 12, 506.

1. Die Bestimmung des § 5 gilt auch dann, wenn die mehreren in einer Klage verbundenen Ansprüche auf verschiedenen Gründen beruhen und wenn sie von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte erhoben sind (Mot. S. 50). Werden in einer Widerklage mehrere Ansprüche geltend gemacht, so findet unter denselben Zusammenrechnung statt, während bei mehreren successiv erhobenen Widerklagen desselben Vorbeklagten oder verschiedener Vorbeklagter der Wert jedes einzelnen Anspruchs für sich maßgebend ist [Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 105. Teilweise anders Kleiner I S. 82].

2. Wird eine Klage von mehreren Solidargläubigern oder gegen mehrere Solidarschuldner erhoben, so ist als Gegenstand des Streites, auch wenn von den mehreren Gläubigern oder gegen die mehreren Schuldner sofort auf das Ganze geklagt wird, die Leistung zu betrachten, durch deren einmalige Zahlung an einen Gläubiger der Schuldner sich auch den

übrigen Gläubigern gegenüber befreit, bzw. durch deren Zahlung seitens eines Schuldners auch die übrigen Schuldner befreit werden. [Vgl. Wach I § 31 N. 39; OLG. Dresden in Ztschr. f. d. CPr. VI S. 475.]

3. Zu § 5 wurde in der JK. d. RT. konstatiert, daß unter Ansprüchen, welche zusammen zu rechnen sind, nur diejenigen zu verstehen seien, welche selbständig, nicht auch diejenigen, welche accessorisch geltend gemacht werden. Es findet also eine Zusammenrechnung z. B. von Ansprüchen auf Kapital und Zinsen nicht statt, soweit die Zinsen Nebensache eines in derselben Klage geforderten Kapitals sind. Dagegen werden zusammengerechnet die in derselben Klage geltend gemachte Kapitalforderung x und die Zinsforderung aus dem Kapitale y.

4. Ist in Folge der Zusammenrechnung mehrerer in einer Klage geltend gemachter Ansprüche die landgerichtliche Zuständigkeit begründet, so wird durch die Anordnung des Gerichts, daß die mehreren Ansprüche in getrennten Prozessen zu verhandeln seien (§ 136), an der einmal begründeten Zuständigkeit des Landgerichts nichts geändert, mögen auch die einzelnen Ansprüche zur Zuständigkeit des Amtsgerichts gehören. Im Falle der nach § 138 angeordneten Verbindung mehrerer Prozesse findet eine Verschiebung der sachlichen Zuständigkeit nicht statt, auch wenn sich aus der Zusammenrechnung der Streitgegenstände eine andere sachliche Kompetenz ergäbe, wohl aber werden bei der Berechnung der Revisionssumme die Ansprüche zusammengerechnet [RG. 3. Juli 1881 Entsch. V Nr. 35 S. 354; 11. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 130 S. 416, bay. o. LG. SA. XXXIX Nr. 264].

5. Von der Bestimmung, daß der Gegenstand der Klage und der Widerklage nicht zusammen zu rechnen ist, weicht GKG. § 11 Abs. 1 (vgl. GO. f. RA. § 10) ab. [Vgl. zu diesem § 11: RG. 5. Juli 1881 Entsch. V Nr. 116 S. 408 ff.]

6. Über d. sachliche Zuständigkeit bei Klagenverbindung s. Bem. Nr. 2 zu § 232.

§ 6.

Der Wert des Streitgegenstandes wird bestimmt: durch den Wert einer Sache, wenn deren Besitz, und durch den Betrag einer Forderung, wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streits ist. Hat der Gegenstand des Pfandrechts einen geringeren Wert, so ist dieser maßgebend.

Mot. S. 48—50. KPr. S. 4, 506.

1. Die Motive bemerken: „Die §§ 6—9 stehen nicht im Widerspruch mit dem durch § 3 für entscheidend erklärten freien Ermessen des Gerichts; sie geben die leitenden Grundsätze für die Wertsberechnung in einzelnen besonderen Fällen, welche in der Praxis oft vorkommen und in welchen die Feststellung des Wertes des Streitgegenstandes erfahrungsgemäß nach verschiedenen Grundsätzen geschieht. Eine solche verschiedenartige Praxis ist aber unerwünscht; es sollen daher die §§ 6—9 auf die Herbeiführung eines übereinstimmenden Verfahrens der Gerichte wirken und gleichzeitig für die Parteien bei der Beurteilung der Zuständigkeit des anzugehenden Gerichts als Anhalt dienen."

Auf Grund dieser Äußerung wird behauptet, daß die §§ 6—9 nur instruktionelle Bedeutung haben und daß sonach deren Verletzung nicht die Revision begründe [Gaupp I S. 29]. Ganz abgesehen davon, daß sehr zweifelhaft bleibt, ob dies im Sinne obiger Äußerung liegt, so macht jedenfalls die bestimmte Ausdrucksweise des Gesetzes in den §§ 6—9 die erwähnte Auffassung unhaltbar. Die Vorschriften der §§ 6—9 sind ebenso bindend für den Richter wie die der §§ 4 und 5; deren Verletzung begründet die Revision [so auch Struckm. Koch zu §§ 6—9 S. 6, Petersen S. 9 f.].

2. Die Vorschrift, daß der Wert der Sache maßgebend sein soll, wenn der Besitz derselben Gegenstand des Streites ist, schneidet die schwierige Untersuchung über den Wert des Besitzes im Gegensatz zum Eigentum ab. Die Vorschrift findet sowohl auf Besitzklagen im eigentlichen Sinne, als auch auf obligatorische Klagen, in welchen der Besitz Gegenstand des

Streites ist (z. B. Kondiktionen des Besitzes) Anwendung, nicht aber auf Klagen auf Verschaffung des Eigentums durch Besitzesübergabe (dare, restituere). Wie der Besitz von körperlichen Sachen nach dem Werte der Sache, ist der Besitz eines Rechtes nach dem Werte des Rechtes zu schätzen. — Die actio ad exhibendum hat nicht den Besitz zum Gegenstand, gehört also nicht hieher.

3. Wird auf Sicherstellung einer Forderung, z. B. eines Legates, eines Wechselanspruchs, geklagt, so ist der Wert des Streitgegenstandes nicht nach dem sich zu Folge der Sicherstellung ergebenden, meist schwer zu berechnenden Mehrwert, sondern nach dem Betrag der Forderung selbst zu bemessen.

4. Ein Pfandrecht ist Gegenstand des Streites bei der actio hypothecaria, bei der Klage auf Löschung, nicht minder bei der Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Pfandrechts. Dagegen ist das Pfandrecht nicht Gegenstand des Streites bei der actio pignoraticia auf Herausgabe der Pfandsache und bei der persönlichen Forderungsklage gegen den Pfandschuldner. Wird letztere Klage mit der actio hypothecaria verbunden, so entscheidet nur der Betrag der Forderung über die Zuständigkeit, der Schlußsatz des § 6 ist unanwendbar. [So auch Struckm. Koch § 6 Nr. 2, Kleiner I S. 87, Gaupp I S. 30, Wach I § 31 N. 57 a. E. AM.: Hellmann I S. 58, v. Sarwey I S. 21.]

5. Der Wert des Pfandgegenstandes ist unter Abrechnung des durch vorgehende Pfandrechte in Anspruch genommenen Wertes in Betracht zu ziehen; denn nur der Überschuß ist Deckung für den nachstehenden Pfandgläubiger und die Deckung ist, wenn sie hinter der Forderung zurückbleibt, das Entscheidende [vgl. Wach I § 31 N. 57]. Ist die Forderung, zu deren Gunsten das Pfand haftet, Gegenstand des Streites, so ist stets der Betrag der Forderung maßgebend.

6. In dem Prozesse um den Vorrang eines Pfandrechts vor einem anderen ist das minderwertige der Pfandrechte für die Schätzung des Streitgegenstandes maßgebend. Der Wert der Pfandrechte wird auch in diesem Falle durch den Betrag der Forderungen bestimmt, es wäre denn, daß der Gegenstand des Pfandrechts geringeren Wert hätte [vgl. RG. 18. Dez. 1880 Entsch. IV Nr. 100 S. 366].

7. Entscheidungen des Reichsgerichts: a) Der Wert des Streitgegenstandes im Falle der Widerspruchsklage des Drittbesitzers gegen die nach C. c. art. 2169 ergangene Aufforderung des Gläubigers ist nach § 6 zu bestimmen. 16. März 1883 Entsch. X Nr. 103 S. 344. b) Der Wert des Streitgegenstandes bei Widerspruchsklagen gegen die Pfändung (§ 690) ist nach § 6 zu bestimmen, weil das Pfandrecht Streitgegenstand ist. Daß die Pfandsachen verkauft worden sind, hat keinen Einfluß auf die Wertsberechnung. 30. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 121 S. 394 (vgl. a. bay. o. LG. Bl. f. RA. L S. 414). c) Auf die Schätzung von Retentionsrechten ist § 6 nicht anwendbar. RG. 7. April 1883 Entsch. XII Nr. 36 S. 155.

§ 7.

Der Wert einer Grunddienstbarkeit wird durch den Wert, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um welchen sich der Wert des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer ist, durch diesen Betrag bestimmt.

Mot. S. 48—50. KPr. S. 4, 506.

1. Der Wert einer zu Gunsten eines Grundstückes bestehenden oder erst zu bestellenden Dienstbarkeit kann von zwei Punkten aus gemessen werden: vom Standpunkte des herrschenden Grundstücks aus als Wertserhöhung oder vom Standpunkte des dienenden Grundstücks aus

als Wertsminderung. Bei Berechnung des Wertes des Streitgegenstandes ist von beiden Standpunkten aus zu messen und das höhere der beiden Messungsergebnisse zu Grund zu legen. Die Vorschrift des § 7 gilt nicht bloß für dingliche, sondern auch für obligatorische Klagen, deren Gegenstand eine Grunddienstbarkeit ist. Für persönliche Dienstbarkeiten gilt die Vorschrift nicht. Ebensowenig für Superficies, Emphyteuse, Lehen, Reallasten. Wegen der Schätzung des Quasibesitzes einer Grunddienstbarkeit vgl. § 6 Bem. Nr. 2.

2. § 7 gilt sowohl für die actio confessoria als für die a. negatoria, wenn mit dieser letzteren die Zurückweisung eines Eingriffs in das Eigentum bezweckt wird, welcher als Ausübung einer Dienstbarkeit erscheint oder wenn direkt auf Aberkennung einer behaupteten Servitut geklagt wird. Wird mit der a. negatoria wegen Störungen des Eigentums geklagt, welche nach dem Vortrage des Klägers als Ausübung einer Servitut sich nicht darstellen, so ist der Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen zu bestimmen [RG. 18. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 110 S. 390].

§ 8.

Ist das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses streitig, so ist der Betrag des auf die gesamte streitige Zeit fallenden Zinses und, wenn der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Wertsberechnung entscheidend.

Mot. S. 48–50. KPr. S. 4, 506.

1. Der § 8 bezieht sich auf Prozesse, in welchen eine Entscheidung über das Bestehen (Fortbestehen) oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses in der Klage oder im Laufe des Rechtsstreites (§ 253) verlangt wird. Ein solches Verlangen kann aber nicht bloß in einer Feststellungsklage (Widerklage) sondern auch in einem Antrage auf Räumung gelegen sein, nämlich dann, wenn die Verpflichtung in einem bestimmten Zeitpunkt zu räumen streitig und eine Entscheidung darüber nötig ist. Ist dagegen die Räumungspflicht nicht Streitgegenstand, so ist § 8 auf den Räumungsprozeß nicht anwendbar. Ebensowenig ist der § 8 anwendbar auf die Prozesse, in denen auf Grund eines (unbestrittenen) Pacht- oder Mietverhältnisses auf Geld- oder sonstige Leistung, auf ordnungsmäßige Bewirtschaftung 2c. 2c. geklagt wird. [Vgl. Warmuth Ztschr. f. d. CPr. V S. 501 ff. (welcher den § 8 zu eng auf Feststellungsprozesse beschränkt), Wach I § 31 N. 64, RG. 29. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 94 S. 378]. Wird über die Gültigkeit einer Kündigung — nicht das Kündigungsrecht — gestritten, so Streitgegenstand die Fortdauer des Pacht- oder Mietverhältnisses bis zu der Zeit, auf welche wieder gekündigt werden könnte; danach ist die Schätzung gemäß § 8 auszuführen [vgl. RG. 16. Sept. 1886 Entsch. XVII S. 379].

2. Auf die nach GVG. § 23 Nr. 1 den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zugewiesenen Mietstreitigkeiten bezieht sich § 8 nicht.

3. Auf Dienstmiete und Werkverdingung (locatio conductio operarum und operis) bezieht sich § 8 nicht [vgl. RG. 8. April 1881 Entsch. IV Nr. 113 S. 399].

§ 9.

Der Wert des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach dem Werte des einjährigen Bezugs berechnet und zwar:

auf den zwölfundeinhalbfachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist,

auf den fünfundzwanzigfachen Betrag bei unbeschränkter oder bestimmter

Dauer des Bezugsrechts. Bei bestimmter Dauer des Bezugrechts ist der Gesamtbetrag der künftigen Bezüge maßgebend, wenn er der geringere ist.

Mot. S. 48–50. KPr. S. 4, 506.

1. Die Vorschriften des § 9 beziehen sich auf dingliche und auf obligatorische Rechte, aber nur auf Rechte auf Nutzungen oder Leistungen, die in Zwischenräumen wiederkehren, nicht auf Rechte auf fortwährende Benutzung (wie Nießbrauch). — Wird ein einzelner Betrag eingeklagt, ohne daß das Recht Gegenstand der Entscheidung wird (vgl. §§ 293, 253), so ist § 9 bedeutungslos.

2. Kehren die Nutzungen oder Leistungen in größeren als einjährigen Zwischenräumen wieder, so ist der einjährige Bezug zu berechnen; dann sind die Vorschriften des § 9 anzuwenden. Kehren die Nutzungen oder Leistungen in bestimmten Zwischenräumen, aber in wechselnder Größe (z. B. als unfixierte Zehenten) wieder, so ist nach dem Durchschnitt eines nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Zeitraums der Jahresbetrags und damit nach § 9 der Wert der Nutzungsberechtigung zu berechnen. Kehren die Nutzungen oder Leistungen in unbestimmten Zwischenräumen und wechselnder Größe wieder (z. B. bei Kirchenbaulasten), so können die Vorschriften des § 9 nur Anwendung finden, wenn ein Jahresbetrag zu berechnen ist, was nicht immer möglich sein wird.

3. Bei Berechnung des Wertes des Rechtes auf Nutzungen oder Leistungen von bestimmter Dauer ist die Summe der künftigen Leistungen ohne Abzug eines Zwischenzinses maßgebend, soweit diese Summe das fünfundzwanzigfache des Jahresbetrags nicht übersteigt.

§ 10.

Das Urteil eines Landgerichts kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.

Mot. S. 51. KPr. S. 4, 495–497. 506.

1. Der § 10 versagt die Anfechtung gegen das Urteil eines Landgerichts aus dem Grunde, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei. Bei der präsumtiv besseren Besetzung des Kollegialgerichts fehlt es an einem sachlichen Grunde, dem Kläger ein Rechtsmittel zu gestatten, wenn einmal die landgerichtliche Zuständigkeit ausgesprochen ist. Natürlich findet § 10 auch auf das Urteil des Landgerichts Anwendung, welches die erhobene sog. Einrede der Unzuständigkeit verworfen hat (§ 248) [RG. 1. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 117 S. 433, Wach I § 30 N. 5. Falsch v. Bülow N. 1 zu § 10].

2. Die Vorschrift des § 10 bezieht sich sowohl auf die Zuständigkeitsbegrenzung nach dem Werte des Streitgegenstandes (GVG. § 23 Nr. 1), als auch auf die Zuständigkeitsverteilung nach anderen Kriterien (GVG. § 23 Nr. 2) [RG. 4. Mai 1883 Entsch. IX Nr. 101 S. 350, 1. Mai 1884 XI Nr. 117 S. 433]; nicht aber auf Fälle, in denen das Amtsgericht (wie z. B. zur Verh. u. Entscheidung über den Widerspruch gegen einen vom Amtsgericht erlassenen Arrestbefehl) ausschließlich zuständig ist [RG. 14. Juni 1887 Entsch. XVIII Nr. 76 S. 361, 5. Apr. 1887 XVIII Nr. 81 S. 377].

3. Die Vorschrift des § 10 hindert den Beklagten, welcher gegen das Versäumnisurteil eines Landgerichts Einspruch erhoben hat, nicht, in dem Verfahren über den Einspruch die landgerichtliche Zuständigkeit zu bestreiten.

§ 11.

Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist

diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird.

Mot. S. 51. KPr. S. 7, 506.

1. In den Motiven S. 51 heißt es: „Durch diese Vorschrift soll die Möglichkeit, daß für denselben Rechtsstreit sich mehrere Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, aus demselben Grunde rechtskräftig für sachlich unzuständig erklären, und dadurch für diesen Fall der Eintritt der Anwendbarkeit des § 36 Nr. 6 ausgeschlossen werden."

Die Worte „aus demselben Grunde" scheinen die Auslegung zu begünstigen, daß das Gericht, bei welchem die Sache später anhängig wird, sich aus einem anderen aus den Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit entnommenen Grunde (z. B. das Amtsgericht auf Grund des GVG. § 70 Abs. 2, nachdem das Amtsgericht sich auf Grund des GVG. § 23 für unzuständig erklärt hatte) für unzuständig erklären könne. Diese Auslegung ist aber mit dem Gesetzestexte nicht vereinbar. Vielmehr ist der Sinn des § 11, daß die Frage der sachlichen Zuständigkeit nach rechtskräftiger Entscheidung nicht nochmals bei einem zweiten Gerichte zur Verhandlung und Entscheidung gebracht werden darf. (Vgl. Mot. zu Entw. I S. 253.) [So auch Wilm. Levy N. 1, Petersen S. 16. AM. Struckm. Koch N. 1, Hellmann Komm. I S. 65, Endemann I S. 238, Gaupp I S. 37 f., v. Bülow N. 2.]

Die Vorschrift gilt sowohl, wenn ein Land- als wenn ein Amtsgericht sich für sachlich unzuständig erklärt und die Klage abgewiesen hat. Gebunden an die rechtskräftige (§ 645) Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit ist nicht bloß das unter- oder übergeordnete Amts- bezw. Landgericht [wie Kleiner I S. 101 aus Mißverständnis behauptet], sondern jedes später angegangene ordentliche Gericht [so auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1]. Ob mit der Unzuständigkeitserklärung eine Verweisung nach §§ 249, 466 stattgefunden hat oder nicht, ist für die Anwendbarkeit des § 11 gleich.

Die Entscheidung einer Kammer für Handelssachen, welche auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit ihre Unzuständigkeit ausspricht, hat für das später angegangene Amtsgericht die gleiche Bedeutung wie die Entscheidung der Kammer für Civilsachen. Umgekehrt ist die entsprechende Entscheidung des Amtsgerichts für die später angegangene Kammer für Handelssachen ebenso bindend, wie für die Kammer für Civilsachen. Für Verweisungen von der Civilkammer an die Handelskammer und umgekehrt hat § 11 keine Bedeutung. Maßgebend dafür ist GVG. §§ 103, 104, 107.

2. Auf Grund der Bestimmungen über den Gerichtsstand kann das Gericht, bei welchem die Sache später anhängig wird, sich immer noch für unzuständig erklären. Nicht minder kann das an zweiter Stelle angegangene Gericht seine Unzuständigkeit aus dem Grunde aussprechen, weil der Rechtsweg unzulässig oder weil eines der in GVG. § 14 zugelassenen besonderen Gerichte zuständig sei; denn in diesen Fällen wird die Unzuständigkeit des an zweiter Stelle angegangenen Gerichts nicht auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit ausgesprochen. Über das Verhältnis der Revisibilität zu § 11 s. Bem. Nr. 2 zu § 509.

Zweiter Titel.

Gerichtsstand.

1. Über den Begriff Gerichtsstand und dessen Verhältnis zu sachlicher Zuständigkeit s. die Bem. vor § 1.

2. Die §§ 12—20 behandeln die allgemeinen Gerichtsstände, die §§ 21—34 die besonderen. Der § 35 regelt das Verhältnis mehrerer örtlich zuständiger Gerichte zu ein-

ander. Die §§ 36, 37 ordnen für gewisse Fälle die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht an.

3. Außerhalb des 2. Titels des 1. Abschnitts des 1. Buchs sind in folgenden §§ der CPO. Bestimmungen über örtliche Zuständigkeit enthalten: in § 61 für die Hauptintervention, in § 547 für die Nichtigkeits- und Restitutionsklagen, in § 566 für die Wechselklagen, in den §§ 568, 594, 606, 617, 621, 624 für Ehe- und Entmündigungssachen, in § 629 für das Mahnverfahren, in den §§ 823, 839 für die Amortisation von Urkunden und in § 871 für die Klage im schiedsrichterlichen Verfahren. Eine große Zahl von Bestimmungen über örtliche Zuständigkeit enthält das achte Buch „Zwangsvollstreckung" (§§ 660, 667, 684, 686, 687, 690, 704, 705, 710, 729, 750—752, 755, 756, 759, 774, 775, 778, 780). Außerdem regelt die CPO. die Zuständigkeit für die Erledigung von Nebenstreitigkeiten. Auch sind für einzelne Fälle (§§ 823 Abs. 2, 837 Abs. 2; EG. §§ 11, 15 Nr. 5) andere reichs- und landesgesetzliche Anordnungen über den Gerichtsstand aufrecht erhalten.

In vielen der vorstehend angeführten Paragraphen sind neben Bestimmungen über den Gerichtsstand solche über die sachliche Zuständigkeit enthalten. Eine Vergleichung der in Bem. 2 zu § 1 zusammengestellten Gesetzesbestimmungen über sachliche Zuständigkeit mit der vorstehenden Übersicht ergibt die Fälle, wo solche Kombination vorliegt.

4. Ausschließliche Gerichtsstände sind enthalten in § 25 für die dinglichen Immobiliarklagen, in § 471 für den freiwilligen Sühneversuch, in § 547 für die Nichtigkeits- und Restitutionsklage, in den §§ 568, 594, 606, 617, 621, 624 für Ehe- und Entmündungssachen, in § 629 für das Mahnverfahren, in § 839 Abs. 2 für das Aufgebotsverfahren; außerdem sind gemäß § 707 die sämtlichen im 8. Buche des Gesetzes (Zwangsvollstreckung einschließlich Arrest und einstweilige Verfügungen) angeordneten Gerichtsstände ausschließliche. Ein ausschließlicher Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, ist ferner durch HGB. Art. 190a in der Fassung des RG. v. 18. Juli 1884 für die daselbst bezeichneten Klagen auf Ungültigkeit eines Beschlusses der Generalversammlung bestimmt. Ist für eine Sache bei einem Gerichte ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet, so ist Prorogation an ein anderes Gericht ausgeschlossen (§ 40).

5. Die Vorschriften über den Gerichtsstand gelten, soweit nicht einzelne Ausnahmen (§§ 568 Abs. 2, 594 Abs. 2, 617 Abs. 2) gemacht sind, nicht nur für die Inländer, d. h. die Angehörigen des Deutschen Reichs, sondern auch für Ausländer und zwar ohne Rücksicht auf die Parteistellung der betreffenden Personen im Prozesse und — entgegen der altpreußischen Praxis (Erk. des ОТr. vom 26. April 1855, Strieth. Arch. XVII S. 144), — ohne Rücksicht darauf, ob es sich um den allgemeinen oder einen besonderen Gerichtsstand handelt. — Wegen der Sonderstellung der Exterritorialen s. GVG. §§ 18—21. — Über die Frage, ob ausländische Staaten der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfen sind vgl. Droop in Beitr. z. E. d. D. R. XXVI S. 289 ff.; Begründung des (nicht angenommenen) Entwurfs eines Gesetzes betr. die Ergänzung des GVG. Reichst. 6. Leg.Per. 1. Sess. 1884/85 Nr. 114 der Drucksachen nebst dem darüber erstatteten Kommissionsbericht Nr. 379 der Drucksachen; ferner Erk. des bay. GH. f. Komp.Konfl. v. 5. März 1885, Beil. I z. G. u. VBl. 1885.

Das Gesetz erkennt keinen privilegierten Gerichtsstand an und reserviert nur durch EG. § 5 den landesrechtlich bestehenden Sondergerichtsstand der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Fürstlichen Familie Hohenzollern. Nach Preuß. Ges. v. 26. April 1851 Art. III haben die Mitglieder der Königlichen sowie der genannten Fürstlichen Familie ihren persönlichen Gerichtsstand bei dem mit dem Kammergericht verbundenen Geheimen Justizrat. Vgl. Pr. AG. z. GVG. § 18. Für Bayern vgl. Art. 1 des Ausf.-Ges. vom 23. Februar 1879 (Ges. u. Verordn.Bl. S. 63). Für Sachsen vgl. Ges. v. 20.

August 1879 (Ges. u. VerordnBl. S. 323). Für Württemberg vgl. Art. 1, 2 des Ges. vom 18. August 1879 (RegBl. S. 173) und Gaupp I S. 40.

6. Die zur Begründung eines Gerichtsstandes dienenden Thatsachen sind vom Kläger zu behaupten und zu beweisen [vgl. Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 225 ff.; RG. 25. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 107 S. 381; 7. März 1882 Entsch. VII Nr. 90 S. 310].

§ 12.

Das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

Mot. S. 52. KPr. S. 7, 506.

1. Indem das Gesetz den allgemeinen Gerichtsstand nach der Person des Beklagten normiert, nimmt es den Grundsatz actor sequitur forum rei an.

2. Allgemeiner Gerichtsstand ist die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts für alle Klagen, für welche nicht ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist. In welchen Fällen ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist, s. Bem. Nr. 4 vor § 12. Im Gegensatz zum allgemeinen ist der besondere Gerichtsstand nur für gewisse Arten von Klagen begründet.

§ 13.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz bestimmt.

Mot. S. 53, 54. KPr. S. 7, 8, 506.

1. In Übereinstimmung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und allen neueren Prozeßgesetzen erklärt der § 13 als den prinzipalen Entstehungsgrund des allgemeinen Gerichtsstandes den Wohnsitz des Beklagten. Das Gesetz gibt keine Definition des Wohnsitzes, davon ausgehend, daß der prozeßrechtliche Wohnsitz mit dem civilrechtlichen Wohnsitze identisch sei und daß der Begriff des Wohnsitzes, sowie die Voraussetzungen, unter denen der Wohnsitz begründet und aufgehoben wird, durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmt werden. [AM. Wach I § 34 bei N. 7 ff., welcher den Begriff des Wohnsitzes nur aus der CPrO. entnehmen will.]

Die gemeinrechtlichen Bestimmungen über Wohnsitz sind enthalten in l. 7 C. de incolis 10, 39; l. 203 D. de V. S. 50, 16; l. 6 § 2, l. 17 § 13, l. 27 § 1 D. ad munic. 50, 1; vgl. noch l. 2 C. de incolis 10, 39; l. 32, l. 38 § 3 D. ad munic. 50, 1; l. 5 D. de R. N. 23, 2; l. 8 C. de incolis 10, 39; l. 5, l. 22 § 3, l. 27 § 2, 3 D. ad munic. 50, 1. Vgl. Windscheid Pand. I § 36, Savigny Syst. VIII §§ 353, 354, SA. II Nr. 5, X 220, XVI 65, 89, XVIII 204, XIX 4, 6, XX 1, XXII 112, Urt. d. RG. SA. XL 237, Entsch. XV Nr. 95 S. 367 (kein Wohnsitzwechsel zufolge Strafhaft); Arch. f. c. Pr. LXIX S. 446. Die Bestimmungen des preuß. Rechts sind in Einleitung zum ALR. §§ 23 ff., die Bestimmungen des franz. Rechts in Code civil art. 102—109, die Bestimmungen des bayer. Rechts in § 3 cap. II des Cod. jud. bav. enthalten. Die letzterwähnten Bestimmungen sind trotz ihrer Stellung in der aufgehobenen GerOrdn. als materiellrechtliche in fortdauernder Geltung.

Sofern nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts jemand an mehreren Orten Wohnsitz haben kann (vgl. f. das gem. Recht Windscheid a. a. O. N. 7), kann auch der allgemeine Gerichtsstand dieser Person bei mehreren Gerichten begründet sein.

Nach dem Civilrecht bemißt sich auch die Frage, ob jemand ein domicilium necessarium habe. [AM. Wach I § 34 N. 26 in Konsequenz der oben cit. Ansicht].

Für Entscheidung der Frage, ob jemand seinen Wohnsitz im Bezirke des angegangenen Gerichts habe, ist das am Sitze des Prozeßgerichts geltende bürgerliche Recht maßgebend.

2. Aus §§ 13 und 18 ergiebt sich, daß Personen, welche im Auslande einen Wohnsitz haben, im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand haben; dagegen nicht, daß solche Personen im Ausland ihren allgemeinen Wohnsitzgerichtsstand haben. Darüber, wonach sich der allgemeine Gerichtsstand der im Auslande wohnenden Personen richtet, hat nicht das deutsche, sondern das ausländische Gesetz zu bestimmen. Es ist daher ungenau, wenn die Motive S. 53 f. sagen, daß der allgemeine Wohnsitzgerichtsstand dort sei, wo der Beklagte wohne, gleichviel ob der Wohnsitz im In- oder Auslande liege. [So auch Struckm. Koch N. 2, Endemann I S. 247. AM. Wach I § 34 N. 5.] — Besondere Bestimmungen für den Fall, daß der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes im Ausland ist, enthalten die §§ 705, 729, 780.

3. Mit dem civilrechtlichen Wohnsitz ist der politische Wohnsitz (domicile politique) d. i. der Ort, wo jemand Heimat, Ansässigkeit, Bürgerrecht, Wahlrecht rc. hat, sowie der sog. Unterstützungswohnsitz (RG. v. 6. Juni 1870) nicht zu verwechseln. Weder der politische noch der Unterstützungswohnsitz ist Voraussetzung des civilrechtlichen Wohnsitzes. — Das domicile élu des franz. Rechts (vgl. EG. § 15 Nr. 5) ist nicht Wohnsitz im Sinne des § 13 [ebenso Petersen S. 20].

§ 14.

Militärpersonen haben in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonorte.

Diese Bestimmung findet auf diejenigen Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, keine Anwendung.

Mot. S. 54. KPr. S. 8, 101, 131, 506, 643, 644.

1. Die §§ 14—17 ordnen für gewisse Personen ein domicilium necessarium an, aber nur in prozessualischer Beziehung (vgl. KPr. S. 8). Dieses prozessualische domicilium necessarium kann von dem civilrechtlichen Domizil der betreffenden Personen verschieden sein.

2. Der Ausdruck „Militärperson" in den §§ 14 und 15 findet seine Erläuterung in den § 38 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874.

§ 38 des Reichs-Militärgesetzes lautet:

„Zum aktiven Heere gehören:

A. Die Militärpersonen des Friedensstandes, und zwar:

1) die Offiziere, Ärzte und Militärbeamten des Friedensstandes vom Tage ihrer Anstellung bis zum Zeitpunkte ihrer Entlassung aus dem Dienste;
2) die Kapitulanten vom Beginn bis zum Ablauf oder bis zur Aufhebung der abgeschlossenen Kapitulation;
3) die Freiwilligen und die ausgehobenen Rekruten von dem Tage, mit welchem ihre Verpflegung durch die Militärverwaltung beginnt, Einjährig-Freiwillige von dem Zeitpunkte ihrer definitiven Einstellung in einen Truppenteil an, sämtliche bis zum Ablauf des Tages ihrer Entlassung aus dem aktiven Dienste."

Die unter litt. B und C desselben § 38 aufgeführten Personen gehören zwar zum aktiven Heere, sind aber nicht Militärpersonen.

Vgl. auch § 4 des MStGB. vom 20. Juni 1872 Anlage.

§ 39 Abs. 2 des RMilGes. ist durch die §§ 14, 21 Abs. 2 ersetzt.

3. Durch Abs. 2 des § 14 ist das in Abs. 1 bestimmte domicilium necessarium auf Berufssoldaten beschränkt, so daß also die in § 38 lit. A Nr. 3 aufgeführten Personen,

obwohl sie „Militärpersonen“ sind, nicht von § 14 Abs. 1 getroffen werden. Auch nicht alle Berufssoldaten sind von § 14 Abs. 1 berührt, nämlich solche nicht, welche nach den für sie geltenden civilrechtlichen Normen selbständig (ohne Zustimmung des Vaters oder Vormunds) einen Wohnsitz nicht begründen können. Vgl. Preuß. Ges. v. 12. Juli 1875 (GS. S. 518). ALR. II 2 §§ 127, 212, 219 Anh. § 90 Dekl. vom 31. März 1839 (GS. S. 155 und GS. 1867 S. 519). § 14 Abs. 2 wird durch § 21 Abs. 2 ergänzt.

4. Offiziere à la suite gehören nicht zu den Militärpersonen im Sinne des § 14. [RG. 16. März 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 119 u. SA. XXXVI Nr. 233.]

§ 15.

Als Wohnsitz der Militärpersonen, welche zu einem Truppenteile gehören, der im Deutschen Reiche keinen Garnisonort hat, gilt in Ansehung des Gerichtsstandes der letzte deutsche Garnisonort des Truppenteils.

Mot. S. 54. KPr. S. 8, 101, 131, 506, 643, 644.

1. Der § 15 betrifft Fälle, wie sie bei Besetzung französischen Territoriums nach dem Kriege vorkamen. Derselbe bezieht sich sowenig auf die in § 14 Abs. 2 genannten Personen als § 14 Abs. 1. Das folgt daraus, daß § 15 inhaltlich nur eine Ergänzung des § 14 Abs. 1 ist. [So auch Wach I § 34 N. 37. AM. Struckm. Koch zu § 15, Wilm. Levy N. 1, welche den allgemeinen Gerichtsstand auch für die in § 14 Abs. 2 genannten Personen gelten lassen.] Über die Frage, ob § 15 zur Ergänzung des § 21 Abs. 2 heranzuziehen sei, vgl. Bem. Nr. 3 zu § 21.

2. § 39 Abs. 3 des RMilGes. ist durch § 15 nicht aufgehoben. Wenn beide neben einander gelten, so hat § 15 immer noch Bedeutung für die Fälle, in denen landesgesetzliche Vorschriften des in § 39 Abs. 3 bezeichneten Inhalts nicht bestehen. Daß § 39 Abs. 3 nicht beseitigt ist, ergiebt schon dessen Nichterwähnung in EG. § 13. § 13 des EG. spricht zwar nur von prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze. Darunter sind jedoch nicht bloß die direkt in Reichsgesetzen enthaltenen, sondern auch die in Reichsgesetzen vorbehaltenen prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze zu verstehen. Der Direktor des Reichskanzleramts hat (KPr. S. 643, 644) erklärt, daß § 39 Abs. 3 nach Ansicht der Regierungen nicht aufgehoben sei. Den Ausschlag für die fortdauernde Gültigkeit des § 39 Abs. 3 giebt die Entstehungsgeschichte des § 15. Der dem § 15 entsprechende § 16 des Entw. e. CPrO. für den Nordd. Bund von 1871 enthielt noch als Abs. 2 die (sachlich auch in den früheren Entwürfen enthaltene) Bestimmung: „Hält sich ein Truppenteil dauernd im Auslande auf, so kann durch Kaiserliche Verordnung für die zum Truppenteile gehörigen Personen ein deutscher Ort als Garnisonort bestimmt werden.“ Dieser Absatz findet sich noch in dem Entwurfe der Reichskommission, jedoch nicht mehr im Entwurfe des Bundesrats, wurde also im Bundesrate gestrichen. Wenn sich nun auch die Gründe dieses Abstrichs nicht feststellen lassen, so ist doch sehr wahrscheinlich, daß derselbe erfolgt ist, nicht um die Ausnahme von § 15 unmöglich zu machen, sondern um das Landesrecht statt der Kaiserlichen Verordnung beizubehalten. [Vgl. Wach I § 34 N. 38. AM. Laband D. StR. III 2 S. 258 N. 2.]

§ 16.

Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaates behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz, welchen sie in dem Heimatstaate hatten. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes gilt die Hauptstadt des Heimatstaats als ihr Wohnsitz. Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichts-

bezirke geteilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk im Wege der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt.

Auf Wahlkonsuln finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

Mot. S. 54. KPr. S. 8, 506.

1. Welche Deutsche im Reiche oder in einem deutschen Bundesstaate das Recht der Exterritorialität genießen, ergiebt GVG. §§ 18—21.

2. Die Motive sagen: „Der § 16, welcher, insoweit es sich um Reichsbeamte handelt, mit dem Reichsbeamtengesetze vom 31. März 1872 § 21 im wesentlichen übereinstimmt, unterscheidet zwischen Deutschen, welche das Recht der Exterritorialität genießen, und zwischen im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaats. Die exterritorialen Deutschen können ihren Wohnsitz außerhalb ihres Heimatstaats in und außer dem deutschen Reiche haben. In ersterer Beziehung wird auf Art. 10 der Reichsverfassung und auf die von den deutschen Bundesstaaten bei einander beglaubigten Missionen verwiesen. Beispiele der im Auslande stationierten Beamten sind die Zollvereinsbevollmächtigten im Großherzogtum Luxemburg (Zollvereinsvertrag vom 8. Juli 1867 Art. 20). Auf Wahlkonsuln — cf. §§ 9 und 6 des Reichs-Konsulatsgesetzes vom 8. November 1867 — findet der § 16 keine Anwendung. In dem Reichsbeamtengesetze § 21 ist auch der Fall vorgesehen, daß für den Beamten im deutschen Reiche kein Heimatstaat besteht; für diesen Fall ist der allgemeine Gerichtsstand vor dem Stadtgerichte zu Berlin begründet."

An Stelle des „Stadtgerichts Berlin" ist das nach § 2 des Preuß. Ges. v. 4. März 1878 errichtete Landgericht I für den Stadtbezirk Berlin bzw. das nach Verordn. v. 26. Juni 1878 errichtete Amtsgericht 1 getreten. Vgl. Pr. AG. z. GVG. §§ 26 Abs. 1, 41 [AM. A. Förster § 16 N. 2].

Nach Reichsbeamtengesetz § 22 ist nicht ausgeschlossen, daß der Beamte, dessen dienstlicher Wohnsitz in einem Lande ist, wo Reichskonsulargerichtsbarkeit besteht (zusammengestellt bei Laband D. StR. III 2 S. 63 ff.), zugleich der Reichskonsulargerichtsbarkeit nach Maßgabe der RG. v. 8. November 1867 (BGBl. S. 137) und v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) untersteht.

3. Der Gerichtsstand des § 16 richtet sich nicht nach dem letzten Wohnsitze im Deutschen Reich, sondern nach dem im Heimatsstaate. Wenn z. B. ein Bayer, bevor er in Paris im diplomatischen Dienste verwendet wird, in Berlin domilizierte, so ist sein Gerichtsstand in München (KPr. S. 506).

4. Deutsche, welche in einem deutschen Bundesstaate das Recht der Exterritorialität genießen, sind den Gerichten des betreffenden Staates auch dann nicht unterworfen, wenn ein besonderer Gerichtsstand bei den Gerichten dieses Staates für sie begründet ist. Ausnahme GVG. § 20: (forum rei sitae).

5. Ob im Auslande angestellte Beamte des Reichs oder eines Bundesstaates, welche nicht das Recht der Exterritorialität genießen, neben dem allgemeinen Gerichtsstand des § 16 noch einen zweiten allgemeinen Gerichtsstand im Auslande haben, entscheidet sich nach dem ausländischen Recht.

§ 17.

Die Ehefrau teilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.

Eheliche und diesen gleichgestellte Kinder teilen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben.

Mot. S. 54, 55. KPr. S. 8, 506.

1. Der § 17 behandelt den accessorischen Gerichtsstand abhängiger Personen. Durch die Stellung des § 18 hinter den § 17 wird zum Ausdruck gebracht, daß der abgeleitete Gerichtsstand nicht anders als durch den Wohnsitz des Ehemannes, des Vaters, der Mutter bestimmt wird und daß in Ermangelung eines Wohnsitzes derselben ein accessorischer Gerichtsstand nicht begründet werden kann. Die Vorschriften der §§ 14—16 gelten aber auch gegenüber dem abgeleiteten Gerichtsstande; denn die betreffenden Bestimmungen sind dem § 17 vorangestellt. (Mot. S. 54).

2. Hat die Person, nach deren Wohnsitz sich der accessorische Gerichtsstand anderer richtet, ihren Wohnsitz im Ausland, so besteht für diese letzteren (Ehefrau, Kinder), selbst wenn sie im Inlande wohnen, im Inland kein allgemeiner Gerichtsstand. Nicht bloß der primäre allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes, sondern auch der subsidiäre des Aufenthalts (§ 18) kann für sie im Inlande nicht existieren, weil gemäß § 17 die inländischen Gerichte annehmen müssen, daß sie im Auslande ihren Wohnsitz haben. Natürlich sind die ausländischen Gerichte durch das deutsche Gesetz nicht gebunden, einen accessorischen allgemeinen Gerichtsstand solcher Personen im Auslande anzunehmen.

3. Einen accessorischen Gerichtsstand hat nach Abs. 1 die Ehefrau. Sie teilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, auch wenn sie nach dem bürgerlichen Recht während der Dauer der Ehe einen selbständigen Wohnsitz zu begründen vermag. Solange der Wohnsitz des Ehemannes besteht, ist für die Bestimmung ihres allgemeinen Gerichtsstandes nicht ihr Wohnsitz, sondern nur der Wohnsitz des Ehemannes maßgebend. Voraussetzung ist eine gültige Eheschließung im In- oder Auslande. Wird die Ehe durch den Tod des Ehemannes oder durch Scheidung quoad vinculum getrennt, so fällt der abgeleitete Gerichtsstand fort. Der Scheidung quoad vinculum ist die immerwährende Trennung von Tisch und Bett durch § 17 gleichgestellt. Zwar kann nach RG. v. 6. Februar 1875, betr. die Beurkundung des Personenstandes 2c., § 77 auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett nicht mehr erkannt werden; der Nachsatz des Abs. 1 „sofern nicht — erkannt ist" hat aber noch Bedeutung für diejenigen Fälle, in denen vor Geltung des cit. Gesetzes oder im Auslande auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist. Die zeitweise Trennung von Tisch und Bett hat auf den abgeleiteten Gerichtsstand der Ehefrau keinen Einfluß.

Wenn und so lange der Ehemann kein Domizil hat, wird die Ehefrau in Beziehung auf ihren Gerichtsstand als selbständige Person behandelt und begründet ihren Gerichtsstand selbstthätig nach Maßgabe der in §§ 13, 18 aufgestellten Vorschriften. Ob die Ehefrau in diesem Falle selbständig ein Domizil begründen kann, ist eine nach dem Civilrecht zu beurteilende Frage. Kann sie dies nicht, so kommt § 18 zur Anwendung. Erlangt bei bestehender Ehe der Ehemann von neuem ein Domizil, so tritt für die Ehefrau wieder der abgeleitete Gerichtsstand des § 17 ein.

4. Den durch Wohnsitz begründeten allgemeinen Gerichtsstand des Vaters teilen die ehelichen und die diesen civilrechtlich gleichgestellten Kinder, also gemeinrechtlich die legitimierten und die in putativer Ehe erzeugten (c. 2, 8, 14, 15 X. 4, 17), die arrogierten und vollgültig (plene) adoptierten Kinder. Wegen des Preuß. Rechts s. ALR. II 2 §§ 596 ff., 601—603 A. §§ 50 ff., 681, 753 und A. Förster N. 1 litt. b zu § 17. Wegen des franz. Rechts s. Petersen S. 25.

Die unehelichen Kinder, soweit sie nicht nach dem materiellen Recht den ehelichen gleich gestellt sind, teilen den Wohnsitz der Mutter.

Nach § 17 Abs. 2 behalten die Kinder den nach Abs. 1 begründeten accessorischen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben. Dies kann geschehen nach er-

langter Verfügungsfähigkeit oder schon früher unter Hinzutritt der vormundschaftlichen oder der väterlichen Genehmigung. Das Aufhören des väterlichen oder mütterlichen Wohnsitzes alteriert den Gerichtsstand der Kinder nicht.

Auch nach dem Tode des Vaters bzw. der Mutter dauert der abgeleitete Gerichtsstand der Kinder fort, bis sie einen selbständigen Wohnsitz begründen (KPr. S. 506). An dem Gerichtsstande der ehelichen Kinder wird dadurch nichts verändert, daß die Witwe ihren Wohnsitz wechselt. Die Kinder behalten den allgemeinen Gerichtsstand am Wohnort des verstorbenen Vaters, bis sie selbst den Wohnsitz durch Begründung eines neuen Wohnsitzes in rechtsgültiger Weise aufgeben. Auch minderjährige Kinder können nach dem Tode der Eltern einen selbständigen Wohnsitz begründen. Ob hierzu die Mitwirkung des Vormundes erforderlich ist, ist unter Berücksichtigung der Handlungen, aus welchen sich die Begründung eines selbständigen Wohnsitzes ergiebt, nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen.

5. Auf die besonderen Gerichtsstände (§§ 17—34) hat der accessorische Gerichtsstand keinen Einfluß.

6. Wenn nach dem bürgerlichen Rechte für andere als die in § 17 genannten Personen einen accessorisches Domizil allgemein, nicht bloß in Ansehung des Gerichtsstandes, angeordnet ist, so bleibt eine solche Vorschrift auch für den allgemeinen Gerichtsstand maßgebend, weil die Vorschriften darüber, wo jemand seinen Wohnsitz hat, aus dem bürgerlichen Recht zu entnehmen sind. Daher sind die Bestimmungen des C. civ. art. 108 (bezüglich des Bevormundeten) und 109 von fortdauernder Bedeutung auch in prozessualischer Beziehung, soweit sich nicht aus § 17 ein accessorischer allgemeiner Gerichtsstand ergiebt. [So auch Petersen S. 25, Wilm. Levy N. 1. AM. Struckm. Koch N. 5, Wach I § 34 N. 43.] Vorschriften des Civilgesetzes, welche nur in Ansehung des Gerichtsstandes einen accessorischen Wohnsitz anordnen, sind aufgehoben.

§ 18.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz hat, wird durch den Aufenthaltsort im Deutschen Reiche und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt.

Mot. S. 53, 55, 56. KPr. S. 8. 506.

1. Am Aufenthaltsort des Beklagten in Deutschland ist der allgemeine Gerichtsstand erst in Ermangelung eines in- oder ausländischen Wohnsitzes begründet. Dauernder Aufenthalt (résidence) wird nicht verlangt. Es genügt, daß der Beklagte sich in dem Bezirke des Gerichts, bei welchem die Klage erhoben werden soll, so lange aufhält, daß ihm daselbst die Klage zugestellt werden kann.

Ist ein deutscher Aufenthaltsort des Beklagten, welcher keinen Wohnsitz hat, nicht bekannt, so kann sich der Kläger an das Gericht des letzten Wohnsitzes des Beklagten wenden. Hierbei wird wiederum zwischen In- und Ausland nicht unterschieden. (Nach den Motiven.) Hatte also eine wohnsitzlose Person, deren Aufenthalt nicht bekannt ist, den letzten Wohnsitz außerhalb Deutschlands, so ist der Gerichtsstand des § 18 in Deutschland nicht gegeben.

Die Voraussetzungen des allgemeinen Gerichtsstands des § 18 darzuthun und nötigenfalls zu erweisen, ist Sache des Klägers.

2. Aus dem subsidiären allgemeinen Gerichtsstande des § 18 kann kein accessorischer Gerichtsstand abgeleitet werden. S. Bem. Nr. 1 zu § 17. [AM. Endemann I § 18 in offenbarem Mißverständnis.]

§ 19.

Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen, sowie

derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt. Als Sitz gilt wenn nicht ein anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt, Behörden, wenn sie als solche verklagt werden können, bei dem Gerichte ihres Amtssitzes.

Neben dem durch die Vorschriften dieses Paragraphen bestimmten Gerichtsstande ist ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig.

Mot. S. 56. KPr. S. 8, 9, 506.

1. Der § 19 regelt den allgemeinen Gerichtsstand der sog. juristischen Personen (Gemeinden, Korporationen, Genossenschaften, Anstalten, Stiftungen), indem als maßgebend der Sitz derselben bestimmt wird. Der § 19 Abs. 1 verordnet ferner, daß Personen- oder Vermögensverbände, welche aber unter einer Kollektivbezeichnung verklagt werden können, ohne juristische Personen zu sein, gleich den juristischen Personen bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz haben, einen allgemeinen Gerichtsstand haben sollen. Über das Verhältnis der Fähigkeit, Rechtssubjekt und Partei zu sein, zu der Fähigkeit, unter einer Kollektivbezeichnung verklagt zu werden, vgl. Bem. Nr. 1 zum Titel „Prozeßfähigkeit“ (1. Buch, 2. Abschn. 1. Titel) vor § 50.

2. Der Sitz der juristischen Personen und der sonstigen Personen- oder Vermögensverbände, welche als solche klagen und verklagt werden können, wird regelmäßig durch den Ort bestimmt, wo die Verwaltung geführt wird. Aber der Sitz kann unter Umständen von diesem Orte verschieden sein. Insbesondere kann es vorkommen, daß ein vom Orte der Verwaltung verschiedener Ort bei Verleihung der juristischen Persönlichkeit durch die Staatsverwaltung oder durch Gesetz oder durch Statut als Sitz bestimmt ist.

Reichsgesetzliche Bestimmungen über den Sitz der Handelsgesellschaften s. HGB. Art. 86 Nr. 2, 151 Nr. 3, 175 Nr. 2, 209 Nr. 1 (in der Fassung des RG. v. 18. Juli 1884); über den Sitz der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften s. RG. v. 4. Juli 1868 (RGBl. S. 415) § 3 Nr. 1; über den Sitz der eingeschriebenen Hülfskassen s. RGs. v. 7. Apr. 1876 (RGBl. S. 125) § 3 Nr. 1; über den Sitz der zu Versicherungszwecken gebildeten Berufsgenossenschaften s. RG. v. 6. Juli 1884 (RGBl. S. 69) § 17 Nr. 1, § 21 Nr. 1; RG. v. 5. Mai 1886 (RGBl. S. 132) § 22 Nr. 1; RG. v. 11. Juli 1887 (RGBl. S. 287) § 12; RG. v. 13. Juli 1887 (RGBl. S. 329) § 24 Nr. 1.

3. Zu Abs. 2: Dieser Absatz ist, soweit er Gewerkschaften betrifft, dem Preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 § 96 nachgebildet. Erstreckt sich das Grubenfeld durch mehrere Gerichtsbezirke, so wird § 36 Nr. 2 anwendbar. [So auch v. Bülow § 19 N. 3. AM. A. Förster § 19 Nr. 4, Klostermann Lehrb. d. Preuß. Bergrechts S. 232 und Komm. z. Preuß. Berggesetz S. 189 N. 214.] — Ob Behörden als solche verklagt werden können, bestimmt das Landesrecht.

4. Zu Abs. 3: Durch Statut oder in anderer Weise (z. B. durch die einer auswärtigen Versicherungsgesellschaft erteilte Konzessionsurkunde) kann ein zweiter Gerichtsstand neben den des Abs. 1 und 2 gesetzt werden. Dagegen kann weder durch Statut noch sonstwie der allgemeine Gerichtsstand, welcher sich aus Abs. 1 und 2 ergiebt, beseitigt werden. [Zustimmend Wilm. Levy Komm. N. 5, Puchelt I S. 148, Hellmann Komm. I S. 100, v. Sarwey I S. 43, 44, Fitting S. 35 N. 8, Gaupp I S. 64.] Die Ansicht, daß durch Abs. 3 ermöglicht sei,

anstatt und mit Ausschluß des sich aus § 19 Abs. 1 oder 2 ergebenden Gerichtsstandes einen allgemeinen Gerichtsstand an einem andern Ort zu schaffen [Struckm. Koch § 19 Nr. 5, Petersen S. 29 f., Endemann I S. 258, 259], ist zwar mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht unvereinbar, wird aber durch die Thatsache, daß der dieser Ansicht entsprechende Abs. 3 des § 19 des Entw. III in der JK. d. R. abgeändert worden ist, widerlegt. Man wüßte in der That nicht, weshalb denn der Entwurf, welcher direkt aussprach, daß die Bestimmungen des § 19 nicht zur Anwendung kommen, wenn der Gerichtsstand durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelt ist, abgeändert worden wäre, wenn nicht durch die neue Fassung ausgedrückt werden sollte, daß die Beseitigung des aus dem Abs. 1 und 2 sich ergebenden Gerichtsstandes durch Statut ꝛc. nicht gestattet sei.

§ 20.

Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.

Mot. S. 56. KPr. S. 9. 506, 507.

1. Unter Fiskus im Sinne des § 20 ist auch der Reichsfiskus zu verstehen (KPr. S. 9).

2. Soweit nicht in einzelnen RGesetzen besondere Bestimmungen enthalten sind, ist der Reichskanzler bezw. dessen Vertreter (RG. v. 17. März 1878, RGBl. S. 7) zur Vertretung des Reichsfiskus berufen. [Vgl. RG. Entsch. VIII S. 1, XI S. 93, XV S. 37.] Besondere Bestimmungen sind enthalten in § 2 des RG. v. 1. Juni 1870 für die Klagen auf Entschädigung wegen Aufhebung von Flößereiabgaben; in § 116 des Militärpensionsgesetzes v. 27. Juni 1871 für Klagen auf Pensionen ꝛc.; in § 13 des Postgesetzes v. 28. Okt. 1871 für Ansprüche auf Schadloshaltung gegen die Postverwaltung; in §§ 144, 151 und 153 des Reichsbeamtengesetzes v. 31. März 1873 für die daselbst bezeichneten Klagen. — Eine von dem Grundsatz des § 20 abweichende, durch § 20 nicht berührte und gemäß EG. § 13 fortdauernde Bestimmung über den Gerichtsstand für Klagen gegen den Reichsfiskus enthält § 42 des RG. v. 21. Dez. 1871, betr. die Beschränkung des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen.

Sofern Spezialbestimmungen darüber, welche Behörde den Reichsfiskus zu vertreten habe, in den Reichsgesetzen nicht enthalten sind, muß das Reich am Sitze der obersten Reichsbehörden Recht nehmen (KPr. S. 507). Zwar wurde diese Ansicht von einer Seite bekämpft, und die Kommission hat eine Entscheidung darüber nicht getroffen. Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ergiebt sich jedoch aus der Organisation der Reichsbehörden.

In Prozessen, in welchen es sich um das Eigentum des Reichs an Festungsgegenständen handelt, ist der Reichskanzler (nicht das Kgl. Preuß. Kriegsministerium) zur Vertretung des Reichsmilitärfiskus berufen [RG. 13. Juni 1882 Entsch. VIII Nr. 1 S. 2].

3. Welche Behörde den Fiskus der Einzelstaaten zu vertreten habe, bemißt sich nach dem Staats- und Verwaltungsrecht der Einzelstaaten (KPr. S. 507).

In Preußen wird der Fiskus in der Regel durch die Bezirksregierung vertreten (Instr. v. 20. Okt. 1817 § 14 GS. S. 248), bzw. durch die Provinzialbehörde des betr. Verwaltungsressorts (G. v. 24. Mai 1861 GS. S. 241); ebenso jetzt in der Provinz Hannover (s. Ges. über die allgem. Landesverwaltung v. 30. Juli 1883 §§ 25, 155 GS. S. 195, Kreisordnung v. 6. Mai 1884 GS. S. 181, Verordn. v. 3. Nov. 1884 GS. S. 349). Der Fiskus des Provinzialverbands im Geltungsbereiche d. Ges. v. 29. Juni 1875 (GS. S. 352) wird vom Landesdirektor, der Kommunalverband im Geltungsbereiche des Ges. v. 13. Dez. 1872 (GS. S. 690) vom Kreistag vertreten. Die Kgl. Eisenbahnverwaltung wird (auch in Bezug auf die verstaatlichten Eisenbahnen) durch die Eisenbahndirektionen bezw. die Betriebsämter innerhalb ihres Geschäftsbetriebs vertreten (Org. Best. v. 24.

Nov. 1879 § 16, JMBl. f. d. i. V. 1880 S. 84). [Vgl. RG. 28. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 121 S. 427, 17. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 120 S. 405.] Wegen der Privatbahnen in Staatsbetrieb s. Bem. Nr. 3 zu § 22. Nach Ges. v. 14. März 1885 (GS. S. 65), betr. die Vertretung des Fiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der Justizverwaltung und JustMinVerf. v. 23. März 1885 (JMBl. S. 119) ist der Fiskus a) in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten, welche sich auf die Geltendmachung solcher Forderungen beziehen, die durch die Gerichtskassen einzuziehen sind, durch den Rendanten der einziehenden Kasse; b) in allen übrigen bürgerl. Rechtsstreitigkeiten — und auch dann, wenn gegenüber einer zur Gerichtskasse einzuziehenden Stempelforderung von dem, der dazu ganz oder teilweise nicht verpflichtet sein will, Klage erhoben wird — durch die Staatsanwaltschaft bei demjenigen Oberlandesgericht, in dessen Bezirk die Justizbehörde ihren Sitz hat, zu deren Geschäften die der Beteiligung des Fiskus zu Grunde liegende Angelegenheit gehört. — Die einzelnen Stationen des Kgl. Pr. Fiskus sind nicht als besondere Rechtssubjekte anzusehen. [RG. 4. Okt. 1880 Ensch. II Nr. 108 S. 392.]

In Bayern wird der Fiskus durch die Kreisregierungen vertreten (Verordn. vom 17. Dez. 1825 §§ 87—121). Außerdem sind zur Vertretung des Fiskus bestimmt die General-bergwerks- und Salinenadministration, das Hauptmünzamt, die Staatsschuldentilgungsanstalt, die Generaldirektion der Verkehrsanstalten, die Generalzolladministration, das Kriegsministerium und die Ressortministerien, wenn ihnen die erstinstanzielle Verbescheidung über die betreffenden Ansprüche im Verwaltungswege zusteht. (Verordn. v. 30. Sept. 1822, Form.-Verordn. v. 9. Dez. 1825 § 419, Verordn. v. 11. Febr. 1826, Verordn. v. 31. Jan. 1829.) Vgl. J. A. Seuffert Komm. z. bayer. GO. I S. 123—128, II 121—124, Edel Komm. z. d. GVG. v. 1861 S. 231—236. In Bayern muß vor der Klagestellung gegen den Kgl. Fiskus der Administrativweg betreten werden. Bayer. AG. v. 23. Jan. 1879 Art. 2. Wegen des Gerichtsstandes der Kgl. Bayer. Civilliste s. bay. AG. v. 23. Jan. 1879 Art. 1.

Der Kgl. Sächsische Fiskus wird durch das Finanzministerium in Dresden vertreten; in Eisenbahnangelegenheiten durch die Generaldirektion der Eisenbahnen (G. u. VBl. 1879 S. 159).

Wegen Vertretung des Kgl. Württembergischen Fiskus s. Gaupp I § 20 Nr. I B.

Wegen Vertretung des Fiskus in Baden und Hessen s. Hellmann Komm. I S. 104 f.

Vgl. a. für Weimar AG. v. 10. Mai 1879 § 5 (Wilm. Levy AusfGes. S. 169); für Koburg-Gotha AG. v. 7. April 1879 § 2 (Wilm. Levy S. 207); für Meiningen AG. v. 7. April 1879 § 5 Abs. 2 (Wilm. Levy S. 215); für Reuß ält. Linie AG. v. 3. Mai 1879 § 3 (Wilm. Levy S. 226); für Reuß jüng. Linie AG. v. 22. Febr. 1879 § 6 (Wilm. Levy S. 241); für Schwarzburg-Rudolstadt AG. v. 1. Mai 1879 § 4 (Wilm. Levy S. 251); für Schwarzburg-Sondershausen AG. v. 17. Mai 1879 § 2 (Wilm. Levy S. 254).

4. Auch für den Fiskus gelten die besonderen Gerichtsstände (KPr. S. 10).

§ 21.

Wenn Personen an einem Orte unter Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Dienstboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehilfen, Studierende, Schüler oder Lehrlinge sich aufhalten, so ist das Gericht des Aufenthaltsorts für alle Klagen zuständig, welche gegen diese Personen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche erhoben werden.

Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, in der Art Anwendung, daß an die Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonorts tritt.

Mot. S. 56, 57. KPr. S. 9, 507, 508.

1. Der Gerichtsstand des dauernden Aufenthalts stammt aus dem Preuß. Recht (KabO. v. 4. Juli 1832). Derselbe ist nicht ausschließlich. Derselbe dauert solange, als der Aufenthalt dauert. Eine thatsächliche längere Dauer des Aufenthalts ist nicht erforderlich; es genügt, wenn die Verhältnisse auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen. Der Umstand, daß der dauernde Aufenthalt eine vorübergehende Unterbrechung erleidet (z. B. ein Student reist auf Weihnachten nach Hause mit der Absicht, wieder in die Universitätsstadt zurückzukehren), zerstört den Gerichtsstand des § 21 nicht. Zwischen In- und Ausländern besteht kein Unterschied.

2. Der Begriff „vermögensrechtliche Ansprüche", welcher in den §§ 24, 40, 508, 649 Nr. 4 der CPrO., § 5 des EG., dann in § 23 Nr. 1 des GVG. wiederkehrt, umfaßt alle Ansprüche aus dem Gebiete des Sachenrechts (einschließlich der Besitzklagen), alle Ansprüche aus dem Gebiete des Obligationenrechts (ohne Unterschied zwischen den verschiedenen Entstehungsgründen der Obligationen), alle Ansprüche aus dem Gebiete des Erbrechts, ferner die Ansprüche aus dem Gebiete des Familienrechts, welche (wie z. B. der Anspruch auf Lebensunterhalt, auf Dotation) auf eine Leistung in Geld oder Geldeswert hinauslaufen. Auch Feststellungsklagen in Bezug auf Rechtsverhältnisse aus dem Gebiete des Vermögensrechts, desgleichen Feststellungsklagen in Bezug auf Urkunden, welche für derartige Rechtsverhältnisse bedeutsam sind, gehören hierher. Nicht unter den Begriff fallen alle Klagen in Ehesachen (§§ 568, 592), alle Klagen in Entmündigungssachen, alle Klagen auf Feststellung des Personen- oder Familienstandes, die Klage auf Erteilung der Genehmigung zur Eheschließung, die Klage auf Übernahme einer Vormundschaft, die Klage auf Herausgabe der Kinder zc. — Nach der Entstehungsgeschichte des § 21 könnte es zweifelhaft scheinen, ob die hier vorgetragene Begriffsbestimmung der „vermögensrechtlichen Ansprüche" nicht zu weit sei. Der Gebrauch des gleichen Ausdruckes in den §§ 24, 40, 508, 649 Nr. 4 der CPO., EG. § 5 und in § 23 Nr. 1 des GVG. nötigt jedoch zu obiger Definition. — Dingliche Immobiliarklagen im Sinne des § 25 fallen zwar unter den Begriff „vermögensrechtliche Ansprüche", können jedoch wegen Ausschließlichkeit des in § 25 bestimmten Gerichtsstandes nicht im Gerichtsstand des § 21 angebracht werden. — Bezüglich der Frage, ob eine Klage, in welcher Feststellung der außerehelichen Vaterschaft des Beklagten und zugleich Alimente gefordert werden, vor das Forum des § 21 gebracht werden könne, traten bei 2. Lesung des Entw. in der JK. d. R. Meinungsverschiedenheiten hervor. (KPr. S. 507, 508.) Was das Preuß. LR. betrifft, so ist der Aufstellung des Kgl. Preuß. Regierungskommissars, daß der Antrag auf Feststellung der außerehelichen Vaterschaft nur als Basis für vermögensrechtliche Ansprüche gestellt werden könne, daß daher jene Klage selbst als vermögensrechtlicher Anspruch zu betrachten, sonach am Gerichtsstande des § 21 anzubringen sei, beizupflichten. Wenn dagegen jene Klage nach dem Standpunkte eines anderen Rechts als Statusklage aufzufassen ist, so ist der Gerichtsstand des § 21, soweit die Feststellung der außerehelichen Vaterschaft beantragt wird, nicht anwendbar. Daß die Klage auf Feststellung der außerehelichen Vaterschaft als Statusklage vorkommen kann, wird durch § 25 des Reichsgesetzes v. 6. Febr. 1875, betr. die Beurkundung des Personenstandes zc., bestätigt.

Der Gerichtsstand des § 21 ist auch für solche vermögensrechtliche Ansprüche begründet, welche nicht während des Aufenthalts der betreffenden Personen entstanden sind.

3. Für die in Abs. 2 bezeichneten Militärpersonen (vgl. Bem. 2 und 3 zu § 14) tritt an die Stelle des Aufenthaltsorts der Garnisonort. Ob im Falle des § 15 der letzte Garnisonort in Deutschland, ist zweifelhaft, dürfte aber zu bejahen sein, nicht deswegen, weil sich sonst für die in § 11 Abs. 2 bezeichneten im Falle des auswärtigen Garnisonorts kein Gerichtsstand des Aufenthalts ergäbe, denn diese Lücke wäre hinzunehmen; sondern weil § 15 nur Ergänzung zu § 14 Abs. 1 ist. [Vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 405, Endemann I S. 250, Petersen S. 21, A. Förster N. 1. AM. Wach I § 34 N. 37.]

§ 22.

Hat jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.

Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, welche ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutznießer oder Pächter bewirtschaften, soweit diese Klagen die auf die Bewirtschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.

Mot. S. 57. KPr. S. 9, 508.

1. Der Gerichtsstand der Niederlassung ist nicht ausschließlich.

2. Der Gerichtsstand des § 22 kann für Klagen sowohl gegen physische Personen wie gegen die sogenannten juristischen Personen, Gesellschaften, Genossenschaften, Vereine ꝛc., welche als solche verklagt werden können, begründet sein. Vgl. § 19.

3. Der Gerichtsstand der Niederlassung hat nur dann Bedeutung, wenn die „Niederlassung" sich außerhalb des Bezirkes befindet, in welchem der Inhaber der Niederlassung seinen allgemeinen Gerichtsstand nach §§ 13—19 hat. Unter Niederlassung ist jede lokale Einrichtung zum Betriebe eines Geschäfts zu verstehen. Nicht alle zum Betrieb einer Fabrik, Handlung oder eines anderen Gewerbes vorhandenen Niederlassungen, sondern nur solche, deren Geschäftsorgane unmittelbar namens des Inhabers der Niederlassung Geschäfte stellvertretungsweise a b s c h l i e ß e n können, begründen den Gerichtsstand. Eisenbahnbetriebsämter sind daher Niederlassungen im Sinne des § 22. [RG. 23. April 1831 SA. XXXVII Nr. 66 und Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 121 (bezieht sich auf eine in Staatsbetrieb stehende Privatbahn).] Niederlassungen (z. B. Versicherungsagenturen), welche bloß Geschäfte vermitteln, Offerten annehmen und mitteilen, aber keine Selbständigkeit im Geschäftsbetriebe haben, begründen den Gerichtsstand nicht. [Vgl. dazu Ludwig Arch. f. H. u. WR. XLVI S. 25 ff.] Eisenbahnstationen sind keine Niederlassungen im Sinne des § 22. [RG. 24. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 107 S. 387, OLG. Dresden in Ztschr. f. d. CPr. VI S. 477.] Gegen die Reichsbankhauptstellen und Bankstellen können Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb derselben Bezug haben, bei dem Gerichte des Ortes erhoben werden, wo die Zweiganstalt errichtet ist; nicht aber gegen die Nebenstellen und Agenturen (RBankges. v. 14. März 1875 § 38).

4. Zur Anwendung des § 22 Abs. 2 gehört, daß der Beklagte das mit Wohn- und Wirtschaftsbebäuden versehene Gut als Eigentümer, Usufruktuar, Pächter ꝛc. auf eigene Rechnung bewirtschaftet. Gegen denjenigen, welcher ein solches Gut verpachtet hat, ist der Gerichtsstand nicht begründet; wohl aber gegen denjenigen, welcher das Gut auf eigene Rechnung durch einen Inspektor oder Gutsverwalter bewirtschaften läßt. Darauf kommt nichts

an, ob derjenige, welcher das Gut bewirtschaftet oder bewirtschaften läßt, sich auf dem Gute aufhält.

5. Die Klage muß sich auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung bzw. auf die Bewirtschaftung des Gutes beziehen. Dahin gehören z. B. die auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung oder auf Wirtschaftszwecke des Gutes bezüglichen Anschaffungs- und Absatzgeschäfte, die zum Zwecke der Instandhaltung des Betriebs und der Mittel dazu, der Gebäude, Geräte rc. eingegangenen Rechtsgeschäfte, insbesondere auch Dienstverträge [vgl. bay. o. LG. SA. XL Nr. 238]. Auch die Ansprüche aus dem Haftpflichtgesetz können am Gerichtsstand des § 22 geltend gemacht werden.

6. Der Gerichtsstand des § 22 ist nur solange begründet, als die Niederlassung oder die Gutsbewirtschaftung dauert. Das betreffende Verhältnis muß zur Zeit der Klagerhebung bestehen [vgl. OLG. Dresden in Ztschr. f. d. CPr. VII S. 94].

§ 23.

Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden.

Mot. S. 57, 58. KPr. S. 9, 508.

1. Bei welchem Gericht Gemeinden, Korporationen rc. rc. ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, bemißt sich nach § 19. Ob der Gerichtsstand für die in § 23 bezeichneten Klagen auch aus einen nach § 19 Abs. 3 statutarisch bestimmten Gerichtsstand der Genossenschaft abgeleitet werden kann, ist zweifelhaft. Allerdings hatten die Entwürfe, da ihnen ein statutarischer Gerichtsstand neben dem allgemeinen des § 19 nicht bekannt war (s. Bem. Nr. 4 zu § 19), den jetzt durch § 19 Abs. 3 zugelassenen Gerichtsstand der juristischen Personen u. s. w. nicht im Auge. Gleichwohl dürfte der keinen Unterschied machende Wortlaut des § 23 für die Bejahung obiger Frage entscheiden. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 3, Wach I § 38 N. 62. AM. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 405, v. Bülow § 23 N. 1.]

2. Der Gerichtsstand des § 23 dauert nur so lange, als der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinde, Korporation, Gesellschaft rc. begründet ist; endigt also, wenn die betreffende juristische Person oder Personenvereinigung aufhört, als solche beklagt werden zu können.

3. Eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit kann am Gerichtsstand des § 23 gegen einen bei ihr Versicherten auf Zahlung der Prämie klagen. [RG. 29. Januar 1881 Entsch. III Nr. 108 S. 385 u. 5. April 1881 Entsch. IV Nr. 111 S. 394. In letzterem Urteil ist hervorgehoben, der Umstand, daß die Statuten die Mitgliedsrechte an die Prämienzahlung knüpfen, stehe dem Gerichsstand des § 23 nicht im Wege. Vgl. a. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 63.]

4. Der Gerichtsstand des § 23 findet weder Anwendung auf die Klagen gegen die Gemeinde-, Körperschafts-, Gesellschafts-, Genossenschafts- und Vereinsbeamten als solche, noch auf die Klagen dieser Beamten als solcher gegen einander. Sind die Beamten selbst Gesellschaftsmitglieder, so ist daher zu unterscheiden, ob eine Klage gegen sie als Mitglieder oder als Beamte der Gesellschaft erhoben wird. Nur im ersteren Fall ist das Forum des § 23 begründet. Hiernach gehört z. B. die Klage gegen die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft wegen Verletzung ihrer Vorstandspflichten nicht zum Forum des § 23, auch wenn die Mitglieder des Vorstands Aktionäre sind. — Dieser Unterschied zwischen Mitgliedern und

Beamten der Gesellschaft tritt nicht bei allen Korporations- und Gesellschafsformen hervor. Der geschäftsführende Theilhaber der offenen Handelsgesellschaft ist nicht Beamter der Gesellschaft, wie das Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft. Jener kann daher von einem anderen Gesellschafter wegen seiner Geschäftsführung stets vor dem Forum des § 23 belangt werden.

5. Der Gerichtsstand des § 23 ist auch für und gegen ausgeschiedene Mitglieder begründet, sofern der Anspruch auf die frühere Mitgliedschaft gestützt wird. [So auch Wach I § 38 N. 61, RG. 29. Januar 1881 Entsch. III Nr. 108 S. 388. AM. Planck I § 14 N. 14.]

§ 24.

Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Bei Forderungen gilt als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.

Mot. S. 58. KPr. S. 9, 10, 508.

1. Litteratur: Wach I § 35 Z. III S. 418 ff., Planck I § 15 (hier auch Angaben über die Entstehung dieses Gerichtsstandes).

A. Gerichtsstand des Vermögens.

2. Der Gerichtsstand des Vermögens hat sich aus dem gemeinrechtlichen forum arresti entwickelt. Über die Entstehung des forum arresti vgl. Wetzell S. 503 ff. Nach dem jetzigen Recht bedarf es nicht mehr des Arrestes zur Begründung des Gerichtsstandes; vielmehr ist der Gerichtsstand des § 24 bei jedem Gerichte (also möglicherweise zugleich bei mehreren Gerichten) begründet, in dessen Bezirk sich Vermögen des Beklagten befindet. Der Gerichtsstand des § 24 ist bedingt durch das Nichtvorhandensein eines Wohnsitzes des Beklagten im Inlande. Ob der Beklagte In- oder Ausländer ist, macht keinen Unterschied. Ebensowenig giebt die Staatsangehörigkeit des Klägers Ausschlag. Es kann also auch Ausländer gegen Ausländer in diesem Gerichtsstand klagen [vgl. RGEntsch. XIV S. 408, bay. o. LG. SA. XLI Nr. 219]. Auch für Klagen gegen juristische Personen, Verbände und Vermögensmassen (§ 19) kann der Gerichtsstand des § 24 angerufen werden, wenn dieselben weder ihren Sitz noch einen nach Abs. 3 des § 19 bestimmten allgemeinen Gerichtsstand in Deutschland haben.

3. Was zum Vermögen gehört, ist aus dem materiellen Recht zu entnehmen [vgl. insbes. Bekker Pand. I § 41]. Sachenrechte aller Art, Forderungsrechte, die sog. Individual- oder Immaterialrechte (Autor-, Patent-, Musterschutz-, Marken-, Firmarechte) gehören zum Vermögen. Erbrecht ist Erwerbsgrund von Vermögensrechten, nicht selbst Vermögensbestandteil.

Aus dem materiellen Recht ist auch zu entnehmen, was zum Vermögen einer bestimmten Person, hier des Beklagten, gehört. Maßgebend ist das materielle Recht des Orts, wo sich das Vermögen befindet [vgl. RG. I S. 437 Entsch. VI S. 403 ff.]. — Da die Konkurseröffnung nach Reichsrecht nicht bewirkt, daß das zur Zeit der Eröffnung des Konkurses dem Gemeinschuldner gehörige Vermögen aufhört, Vermögen des Gemeinschuldners zu sein, so gehört das im Inlande befindliche Vermögen einer Person, gegen welche im Auslande Konkurs eröffnet ist, noch immer zu dessen Vermögen und ist daher geeignet den Gerichtsstand

des § 24 zu begründen [vgl. RG. 1. Juni 1880 Entsch. I Nr. 157 S. 435, 28. März 1822 VI Nr. 125 S. 402 f., 11. Dez. 1884 XIV Nr. 115 S. 405 ff., 21. Jan. 1885 XIV Nr. 116 S. 412 ff. In den letzteren Urteilen ist auch erörtert, gegen wen im Falle ausländischen Konkurses die Klage zu richten ist].

Da der Gerichtsstand des § 24 durch den Ort bestimmt wird, wo sich Vermögen des Beklagten befindet, so entsteht die Frage, **wo befindet sich Vermögen?** Alle Rechte an körperlichen Sachen (auch Pfandrechte) befinden sich an dem Orte, wo sich die Sache befindet. Forderungsrechte befinden sich nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes, soweit es sich um den Gerichtsstand des § 24 handelt, am Wohnsitze des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet (kraft Pfandrechts irgend welcher Art oder kraft Retentionsrechts), sowohl am Wohnsitz des Schuldners als auch an dem Orte, wo die Sache sich befindet. Für den Fall, daß der Schuldner keinen Wohnsitz hat, ist nichts bestimmt. Eine Lokalisierung der Forderung durch den Erfüllungsort für diesen Fall anzunehmen, widerstreitet dem vom Gesetze angenommenen Grundsatze der Lokalisierung. Forderungen gegen einen Schuldner ohne Wohnsitz können daher, wenn nicht eine Sache zur Sicherheit haftet, nicht zur Begründung des Gerichtsstandes des § 24 dienen.

Daß der Kläger selbst der Schuldner des Beklagten ist, schließt die Benützung der Forderung zur Begründung des Gerichtsstandes des § 24 nicht aus. Selbst dann nicht, wenn die Schuld des Klägers zur Aufrechnung mit der Forderung des Klägers geeignet ist und der Kläger die Aufrechnung in der Klage in Aussicht nimmt, vorausgesetzt, daß gem. Recht anwendbar ist; denn nach gem. Recht heben sich die gegenüberstehenden Forderungen nicht auf [vgl. RG. 20. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 97 S. 325]. Anders nach franz. Recht (C. c. art. 1290) [RG. 28. Febr. 1882 Entsch. VII Nr. 89 S. 309]. Durch eine Forderung des Beklagten gegen den Kläger, welche nicht vorhanden sein kann, wenn die Klagansprüche bestehen, wird der Gerichtsstand des § 23 nicht begründet [RG. 25. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 107 S. 381]. — Forderungsrechte aus Inhaberpapieren, aus Wechseln und anderen indossablen Papieren unterliegen übrigens der Lokalisierungsbestimmung des § 24 nicht. Dieselben sind als Exekutionsobjekte den Vorschriften über körperliche Sachen unterstellt (vgl. §§ 722, 732); daher ist der Ort, wo sich das betreffende Papier befindet, auch für die Bestimmung des Gerichtsstands des § 24 entscheidend. [Vgl. Wach I S. 422]. Über die Ortsangehörigkeit von sog. Immaterialrechten (Autor-, Patentrechten 2c.) vgl. Kohler Ztschr. f. H. u. WR. XLVII S. 339.

Die Frage der Ortsangehörigkeit eines Vermögensstückes kehrt wieder bei § 799 (Zuständigkeit zum Arrest). Die Vorschrift des § 24 über die Forderungen ist auf § 799 entsprechend anwendbar.

4. Zweifelhaft ist, ob zur Begründung des Gerichtsstandes des § 24 auf Vermögen genügt, welches der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen ist (vgl. die §§ 715, 749 nebst den Bemerkungen). Scheint die vorbehaltslose Ausdrucksweise des § 24 dafür zu sprechen, daß jedes, auch das der Vollstreckung durch gesetzliche Vorschrift oder durch seine Geringwertigkeit (vgl. § 708 Abs. 2) entzogene, Vermögensstück genügt [so die herrschende Ansicht, vgl. Wach I S. 420, RG. 29. April 1881 Entsch. IV Nr. 115 S. 408, 26. Mai 1886 XVI Nr. 96 S. 292], so dürfte man sich doch im Hinblick auf die Beschränkung auf vermögensrechtliche Klagen, hauptsächlich aber wegen des geschichtlichen Zusammenhangs dieses Gerichtsstandes mit dem forum arresti dafür entscheiden, daß zur Begründung des Gerichtsstands des § 24 Vermögen erfordert wird, welches für die Zwangsvollstreckung als Vermögensobjekt überhaupt in Betracht kommt. [So Planck I § 15 bei N. 10]. Nach dieser Ansicht kann der Gerichtsstand des § 24 nicht durch die notwendigen Kleidungsstücke, welche

der Beklagte am Leibe trägt, begründet werden [vgl. LG. Bremen Ztschr. f. d. CPr. X S. 394], weil diese nicht Exekutionsobjekt sein können.

5. Der Kläger muß die Voraussetzungen des Gerichtsstandes des § 24, also das Nichtvorhandensein eines inländischen Wohnsitzes und das Vorhandensein von Vermögen des Beklagten im Bezirke des Gerichts nötigenfalls beweisen. Beide Voraussetzungen müssen zur Zeit der Klagerhebung (§ 230) gegeben sein [vgl. RG. 25. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 107 S. 381].

6. Der Gerichtsstand des Vermögens ist nur für vermögensrechtliche Klagen begründet. Über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 21.

B. **Gerichtsstand des Klagegegenstandes.**

7. Für die vermögensrechtliche Klage (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 21), mit welcher ein spezieller Gegenstand in Anspruch genommen wird, ist in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes des Beklagten (vgl. Bem. Nr. 2) der Gerichtsstand bei dem Gerichte begründet, in dessen Bezirk sich der Gegenstand befindet. Der Ausdruck „Gegenstand" ist nicht auf körperliche Sache zu beschränken; auch dingliche Rechte an fremden Sachen, Forderungen, sog. Immaterialrechte, Vermögenskomplexe fallen darunter. Mit der Klage in Anspruch genommen ist ein spezieller Gegenstand nicht bloß dann, wenn der Kläger denselben, als sein Vermögen in Anspruch nimmt (wie bei der Eigentumsklage), sondern auch dann, wenn der Kläger die Herausgabe des Gegenstandes (restituere) kraft dinglichen oder obligatorischen Rechtes von dem Beklagten verlangt. Auch die bloß auf Feststellung derartiger Rechte des Klägers gerichtete Klage ist als eine solche zu betrachten, welche den Gegenstand in Anspruch nimmt; nicht eine negative Feststellungsklage. Der Klagegegenstand muß im Besitz des Beklagten sein. Hinsichtlich des Klagegegenstandes wiederholt sich die Frage nach dem Orte, wo er sich befindet. Bem. Nr. 3 findet darauf entsprechende Anwendung. Ebenso Bem. Nr. 5.

§ 25.

Für Klagen, durch welche das Eigentum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Teilungs- und Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist.

Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.

Mot. S. 58, 59. KPr. S. 10, 508.

1. Forum rei sitae. Gerichtsstand der belegenen Sache, dinglicher Gerichtsstand. Über dessen Geschichte s. Bethmann-Hollweg Versuche I S. 53 ff., Wetzell § 41 bei N. 36 ff., Sohm altd. Reichs- u. Ger.-Verf. I S. 301 ff.; dazu auch Wach I § 37, Planck I § 16. — Die CPrO. kennt diesen Gerichtsstand nur in Bezug auf unbewegliche Sachen. Was unbewegliche Sache ist, bestimmt das materielle Recht [AM. Wach I § 37 N. 9]. Daraus, daß eine Sache in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehört (vgl. z. B. Preuß. Subh.-Ordn. v. 13. Juli 1883 § 1), folgt noch nicht, daß sie unbewegliche Sache im Sinne des § 25 ist. Sache ist übrigens im Sinne von Vermögensbestandteil zu verstehen. Es kann z. B. ein Realrecht zu den unbeweglichen Sachen gehören.

2. Folgende Klagen gehören unter der Voraussetzung, daß sie sich auf unbewegliche Sachen beziehen, zu dem ausschließlichen Gerichtsstand der belegenen Sache:

a) Klagen durch welche das Eigentum geltend gemacht wird, rei vindicatio, Publiciana in rem actio; nicht die Klage auf Eigentumsübertragung, nicht die hereditatis petitio (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 28).

b) Klagen, durch welche eine dingliche Belastung — Servitut, Emphyteuse, Superficies, Pfandrecht, Lehensrecht, Reallast — gegen den Eigentümer oder einen Dritten geltend gemacht wird, also a. confessoria im weitesten Umfange, a. hypothecaria, actio des emphyteuta und superficiarius; die Klage des Lehensherrn und des Vasallen, in welcher die Rechte am Lehen geltendg emacht werden; die Klage des Fideikommißberechtigten, soweit sie nicht schon unter litt. a fällt [vgl. RG. Entsch. XIII Nr. 103 S. 388]. Nicht dazu gehören die Klagen auf Konstituierung oder Übertragung derartiger Rechte.

c) Klagen, in welchen die Freiheit von einer der sub b bezeichneten dinglichen Lasten, sei es von dem Eigentümer, sei es von einem anderen Klageberechtigten geltend gemacht wird. Die Klage auf Löschung einer im Hypotheken- oder Grundbuch eingetragenen Hypothek oder Grundschuld gehört vor das Gericht der belegenen Sache, wenn die Klage eine dingliche ist. Ob sie dies ist, ist eine Frage des materiellen Rechts. Die PrO. erwähnt zwar in § 26 die Hypothekenlöschungsklage; allein daraus folgt nicht [wie Hellmann Komm. I S. 123, Lehrb. S. 119, v. Sarwey I S. 60 ff. meinen], daß diese Klage von der PrO. zu einer dinglichen gestempelt wurde, sondern nur, daß sie als dingliche vorkommen kann. Bei der Verschiedenheit der deutschen Hypothekengesetze kann die Antwort auf die Frage nach der dinglichen oder nicht dinglichen Natur der Löschungsklage verschieden ausfallen. Hat die Eintragung konstitutive Bedeutung in dem Sinne, daß die eingetragene Hypothek ein von den Entstehungsursachen unabhängiges Dasein hat (wie dies z. B. nach Mecklenburger Recht nach Annahme Meiboms Meckl. Hyp.-R. S. 278 der Fall sein dürfte), so ist eine dingliche Klage auf Löschung nicht denkbar. Hat dagegen die Eintragung derartige Bedeutung nicht, so ist die Löschungsklage dingliche Klage (actio negatoria). Dies trifft wohl nach den meisten deutschen Hypothekengesetzen zu [vgl. Stobbe D. PrR. II § 96 Nr. 12]; insbesondere nach preuß. Recht [vgl. Dernburg Pr. PrR. I § 336, Eccius im Pr. PrR. nach Förster III § 181 5. Aufl. S. 288] und nach bayer. Hypothekengesetz [vgl. Regelsberger Bayer. Hyp.-R. S. 482 f., wo übrigens abweichende Ansichten sowie Schwankungen in der Praxis des ob. bayer. Gerichtshofes verzeichnet sind, Roth bayer. CR. § 150 vgl. m. § 196 N. 1]. Von dem Standpunkte solcher Hypothekenrechte aus ist die Löschungsklage stets als eine dingliche zu betrachten, wenn sie von dem Bucheigentümer gegen den Eingetragenen gerichtet und das Nichtzurechtbestehen der Hypothek behauptet wird. Es macht keinen Unterschied, ob darin das Nichtzurechtbestehen der Hypothek auf Grund unrichtiger Eintragung auf das betreffende Grundstück oder auf Grund Verzichts auf das Hypothekenrecht oder auf Grund Nichtbestehens der Forderung (wozu natürlich auch alle Fälle der Tilgung der Forderung gehören) behauptet wird. Auch letzteren Falls ist die Löschungsklage eine dingliche. [Vgl. über die besprochene Frage Voß Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 67 ff., Wach I S. 441, Planck I § 16 N. 7, Hellmann Komm. I S. 123, Lehrb. S. 119, Wilm. Levy N. 3. Die Entscheidungen des RG. v. 15. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 105 S. 386 (sächs. Recht), 22. Dez. 1886 SA. XLI Nr. 220 (sächs. Recht), ferner das U. des bay. o. LG. Bl. f. RA. XLVI S. 220 (bayer. Recht), welche für Löschungsklagen den Gerichtsstand des § 25 annehmen, sind vom Standpunkte der betr. Partikularrechte richtig. Unrichtig ist aber die in diesen Urteilen vorkommende Ansicht, daß schlechthin alle Klagen auf Löschung vor das Gericht der belegenen Sache gehören.] — Keine Löschungsklage ist die Klage auf Erfüllung des Versprechens eines dritten, die Löschung herbeiführen zu wollen [z. B. Entsch. X Nr. 52 S. 193 f.].

d) Grenzscheidungsklagen (a. finium regundorum) sowohl, wenn auf Ermittelung der streitigen Grenze, wie wenn auf Markierung der Grenze oder auf Teilung gemeinsamen Grenzgebiets geklagt wird. Das sog. Grenzerneuerungsverfahren des Pr. ALR. I 17 §§ 383 ff. ist kein Civilprozeß, daher § 25 auf dieses Verfahren nicht anwendbar.

e) Teilungsklagen (a. communi dividundo). Die a. fam. herc. gehört vor das for. hereditatis (cf. l. 20 § 4 D. 10, 2). Nach Preuß. ALR. ist das Teilungsverfahren kein Civilprozeß, daher § 25 auf dieses Verfahren nicht anwendbar. Vgl. auch Preuß. Subh.-Ordn. v. 1883 §§ 180 Nr. 2, 185.

f) Besitzklagen, im Gegensatz zu den das Recht betreffenden Klagen — interdictum uti possidetis (utrubi), unde vi, de precario, a. spolii, i. Salvianum; dgl. die Klagen zum Schutze des Servitutenbesitzes, sofern die dienende Sache eine unbewegliche ist.

3. In dem Gerichtsstande des § 25 können Ansprüche auf bewegliche Sachen, welche Pertinenzen von unbeweglichen Sachen sind, mit dem Anspruch auf die unbewegliche Sache verbunden werden.

4. Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist ohne Unterscheidung zwischen confessoria und negatoria actio das forum rei sitae nur bei dem Gericht, in dessen Bezirk das dienende Grundstück liegt, begründet.

5. Ist eine unbewegliche Sache in zwei Gerichtsbezirken gelegen, so hat das Obergericht nach § 36 Nr. 4 die Zuständigkeit zu bestimmen. Das Gleiche gilt, wenn sich die dingliche Klage auf einen Komplex unbeweglicher, in mehreren Gerichtsbezirken gelegener Sachen bezieht. Es ist nicht etwa die Lage des größeren Teils oder der Wirtschaftsgebäude entscheidend.

6. Die Ausschließlichkeit des dinglichen Gerichtsstandes hat zur Folge: a) Für die in § 25 bezeichneten Klagen kann weder durch Vereinbarung noch durch Prorogation ein anderes Gericht zuständig werden (§ 40 Abs. 2). b) Auch als Widerklagen können die in § 25 bezeichneten Klagen nur an dem forum rei sitae erhoben werden. c) Auch Feststellungsklagen (§§ 231 und 253) gehören, soweit dieselben die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der in § 25 bezeichneten Rechte zum Gegenstand haben, vor das forum rei sitae (vgl. Bem. Nr. 8 litt. a und b zu § 231 und Nr. 3 Abs. 3 zu § 253). d) Wird eine der in § 25 bezeichneten Klagen bei einem Gerichte angebracht, bei welchem der Gerichtsstand des § 25 nicht begründet ist, so ist die Klage von Amtswegen abzuweisen. Auf die sog. Einrede der Unzuständigkeit wegen § 25 kann nicht verzichtet werden (vgl. § 247 Abs. 3).

7. Dem Gerichtsstand des § 25 sind auch die Exterritorialen unterworfen (GVG. § 20). — Für das schiedsrichterliche Verfahren hat der Gerichtsstand des § 25 keine Bedeutung.

§ 26.

In dem dinglichen Gerichtsstande kann mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage, mit der Klage auf Löschung einer Hypothek die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind.

Mot. S. 59. KPr. S. 10, 508.

1. Der § 26 gewährt dem Kläger die Möglichkeit, im dinglichen Gerichtsstand mit den einzelnen in § 26 genannten Klagen, durch welche eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, die konnexen persönlichen Klagen zu verbinden, soweit sie gegen denselben Beklagten gerichtet sind. Der Gerichtsstand des § 26 ist also für die persönlichen Klagen kein ausschließlicher. Derselbe besteht nur für die mit der dinglichen Klage verbundene, nicht für die gesondert geltend gemachte persönliche Klage. Exterritoriale sind dem Gerichtsstand des § 26 nicht unterworfen (vgl. GVG. § 20).

2. Wegen der Frage, wann eine Klage auf Löschung einer Hypothek vor das forum

rei sitae gehöre, s. § 25 Bem. Nr. 2 litt. c. Nur wenn für die Löschungsklage der ausschließliche Gerichtsstand des § 25 begründet ist, kann mit derselben die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, welcher die Klage auf Feststellung der Nichtexistenz der persönlichen Verbindlichkeit (§ 231) hier gleichzustellen ist, in dem dinglichen Gerichtsstand geltend gemacht werden.

§ 27.

In dem dinglichen Gerichtsstande können persönliche Klagen, welche gegen den Eigentümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden, sowie Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks oder in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstücks erhoben werden.

Mot. S. 58, 59. KPr. S. 10, 503.

1. In § 27 ist der dingliche Gerichtsstand zugelassen, nicht als ausschließlicher Gerichtsstand angeordnet, für folgende persönliche Klagen:

a) Für die gegen den Eigentümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichteten Klagen. Hierher gehören gemeinrechtlich die actio quod metus causa, soweit sie Restitution fordert (arg. l. 9 § 8 D. quod metus causa 4, 2); das interd. quod vi aut clam (arg. l. 5 § 13 D., l. 7 pr. § 1 D. quod viaut clam 43, 24); der Anspruch auf cautio damni infecti (arg. l. 9 § 4, 5, l. 10, l. 39 § 1 D. damni inf. 39. 2), die a. ad exhibendum (arg. l. 3 § 3 D. ad exhib. 10, 4); die a. aquae pluviae arc. (arg. l. 6 § 5, l. 12 D. de aqua et a. pluv. 39, 3; (vgl. Burckhard die actio aquae pluviae arc. Forts. v. Glücks Pand.-Komm. Ser. der Bücher 39, 40 Bd. III S. 549 ff.); die Klage aus einer Reallast gegen den Besitzer des belasteten Grundstücks oder des als unbewegliche Sache geltenden Rechts, sofern es sich um einzelne Leistungen, nicht um das Recht selbst handelt. — Für Anfechtungsklagen besteht der Gerichtsstand des § 27 nicht, weil sie nie gegen den Besitzer als solchen gehen [vgl. Cosack das Anfechtungsrecht der Gläubiger S. 226. Unrichtig Jäckel die Anfechtung von Rechtshandlungen S. 185].

b) Für Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks, ohne daß es für diese Klagen auf Beziehungen des Beklagten zu dem Grundstücke ankommt. Hierher gehören gemeinrechtlich die actio (utilis) legis Aquiliae, die actio quod vi aut clam, soweit sie nicht schon unter litt. a fällt, und die Klage wegen Wildschadens.

c) Die Klagen auf Entschädigung wegen Expropriation eines Grundstücks. Vgl. hierzu § 42 des RG. v. 21. Dez. 1871, betr. die Beschränkung des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen. Das forum des § 42 l. c. ist ausschließlich. — Ist in Landesgesetzen über Zwangsenteignung das forum rei sitae für Klagen auf Entschädigung wegen Expropriation als ausschließliches vorgeschrieben (z. B. preuß. Ges. v. 11. Juni 1874 § 30 Abs. 3, bayer. Ges. v. 17. Nov. 1837 vgl. mit Art. 6 Abs. 3 des EG. z. bayer. CPrO. v. 1869 und AG. v. 23. Febr. 1879 Art. 50), so ist die betreffende Vorschrift nach § 15 Nr. 2 des EG. durch die CPrO. nicht berührt [vgl. RG. 4. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 82 S. 304, 7. Juni 1882 SA. XXXVIII Nr. 166].

2. Dem Gerichtsstand des § 27 sind Exterritoriale nicht unterworfen (GVG. § 20).

§ 28.

Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall oder die Teilung der Erbschaft zum Gegen-

stande haben, können vor dem Gerichte erhoben werden, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

In dem Gerichtsstande der Erbschaft können auch Klagen der Nachlaßgläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche erhoben werden, wenn sich der Nachlaß noch ganz oder teilweise im Bezirke des Gerichts befindet, oder wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Nachlaß noch nicht geteilt ist.

Mot. S. 59, 60. KPr. S. 10, 508.

Litteratur: Wach I § 36 (hier auch Angaben über Entstehung des forum hereditatis), Planck I § 17.

1. Der Gerichtsstand der Erbschaft ist kein ausschließlicher. Derselbe bestimmt sich nach dem allgemeinen Gerichtsstande des Erblassers zur Zeit des Todes, gleichviel ob dieser Gerichtsstand durch Wohnsitz oder Aufenthalt, als forum principale oder accessorium begründet ist. Wenn für den Erblasser der allgemeine Gerichtsstand an mehreren Orten begründet war, so kann auch das forum hereditatis an den mehreren Orten begründet sein.

2. Das forum hereditatis besteht auch nach dem vollzogenen Erwerb der Erbschaft, ist also nicht durch das Vorhandensein einer sog. hereditas iacens bedingt.

3. Zu Abs. 1: Klagen, welche Erbrechte zum Gegenstand haben, sind die hereditatis petitio (auch soweit sie als utilis actio dem Universalfideikommissar, dem Eruptionsberechtigten und dem Fiskus bei erblosem Nachlasse zusteht), die querela inofficiosi testamenti, auch die Pflichtteilsklage nach preuß. LR., ebenso die vom Vater kraft seines Nießbrauchsrechts am Vermögen der Kinder auf Aussonderung des Pflichtteils derselben erhobene Klage [RG. 18. Juni 1885 Entsch. XV Nr. 95 S. 367], das interdictum quorum bonorum, das remedium ex lege ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo. Auch die querela inoff. donationis et dotis dürfte dazu gehören, weil dadurch Erbrecht geltend gemacht wird [vgl. Ztschr. f. d. CPr. III S. 486 ff., RG. 15. Mai 1885 Entsch. XV Nr. 94 S. 362 (betr. franz. CRecht)]. Die Ansprüche auf missio in possessionem ventris nomine und ex Carboniano edicto würden gleichfalls hieher gehören, wenn sie noch in dem gegenwärtigen Recht anwendbar wären. Klagen, welche Vermächtnisse oder sonstige Verfügungen auf den Todesfall zum Gegenstand haben, sind gemeinrechtlich sowohl die dingliche wie die persönliche Klage des Vermächtnisnehmers gegen den Belasteten (nicht die dingliche Klage gegen den dritten, s. u. Abs. 4), die actio ad supplendam legitimam und die Klage aus Schenkung auf den Todesfall. Die Klagen, welche die vorbezeichneten Rechte betreffen, können auch als Feststellungsklagen (§ 231) in dem Gerichtsstand der Erbschaft geltend gemacht werden. Ansprüche aus Vermächtnissen können auch gegen die Erben des Beschwerten in dem Gerichtsstand der Erbschaft geltend gemacht werden. [RG. 15. Okt. 1880 Entsch. III Nr. 106 S. 380.] — Die Teilung der Erbschaft ist Gegenstand nur der actio familiae erciscundae.

Das forum hereditatis ist für die in § 28 bezeichneten Klagen auch dann gegeben, wenn zu der Erbschaft unbewegliche, in einem anderen Bezirk gelegene Sachen gehören, bzw. wenn Gegenstand des Vermächtnisses eine unbewegliche Sache ist.

Vgl. Mot. S. 60: „Die Bestimmungen des hannoverschen Entwurfes § 19 Abs. 4 und Württemberg Art. 48 Abs. 3, welche den ausschließlichen Gerichtsstand der belegenen Sache gegenüber demjenigen der Erbschaft reservieren, sind schon bei Beratung des Nordd. Entwurfs — Prot. I S. 52 — absichtlich übergangen. Ohne Gefahr der Zersplitterung des Teilungsverfahrens lassen sich die unbeweglichen Sachen, welche der Universalsuccession unterliegen, der Verfügung des Erbschaftsgerichts nicht entziehen."

Nicht zu den vor dieses Forum gewiesenen Klagen gehören Singularklagen, in denen

Eigentum, ein anderes dingliches oder ein Forderungsrecht auf Grund erbrechtlichen (vermächtnisrechtlichen) Titels in Anspruch genommen wird, ohne daß nach dem Inhalt der Klage das Erbrecht (Vermächtnisrecht) Streitgegenstand ist. Wenn Singularklagen dingliche Rechte an Immobilien betreffen, so folgen sie dem forum rei sitae.

Nicht begründet ist der Gerichtsstand der Erbschaft für Klagen, in denen es sich um die Succession in Lehen, Stammgüter, Familienfideikommisse handelt.

4. Zu Abs. 2: Zu den in Abs. 2 bezeichneten Klagen gehören dingliche und persönliche Ansprüche gegen den Erblasser oder den Erben als solchen mit Ausnahme der dinglichen Immobiliarklagen (s. Bem. Nr. 1—4 zu § 25); für letztere ist das forum rei sitae begründet. Unter Ansprüchen gegen den Erblasser sind natürlich solche zu verstehen, welche bereits gegen den Erblasser bestanden. Unter den Ansprüchen an die Erben als solche sollen nach den Motiven Ansprüche zu verstehen sein, welche nach dem Tode des Erblassers an die ungeteilte Erbschaftsmasse, z. B. durch Verträge der Erben als solche, begründet werden. [Verhandlungen der Nürnberger-Kommission S. 61). Fitting Arch. f. civ. Pr. LXI S. 406 will unter „Ansprüchen an die Erben als solche" nur Ansprüche an die Erbschaft, z. B. aus einer neg. gestio während ruhender Erbschaft, verstanden wissen. M.E. gehören beiderlei Ansprüche hieher.]

5. Während für die in Abs. 1 bezeichneten Klagen die Zuständigkeit des Erbschaftsgerichts ohne zeitliche Beschränkung Platz greift, ist die im Interesse der Gläubiger auf die in Abs. 2 bezeichneten Klagen ausgedehnte Zuständigkeit desselben Gerichts für diese Klagen eine zeitlich beschränkte. Dieselbe dauert nämlich:

a) bei Succession eines einzigen Erben so lange als ein (wenn auch das unbedeutendste) Stück des Nachlasses sich im Bezirke des Erbschaftsgerichts befindet. Über die Ortsangehörigkeit von Vermögensstücken vgl. Bem. Nr. 3 zu § 24. Die entsprechende Anwendung der im Schlußsatze des § 24 (cf. § 729 Abs. 2) enthaltenen Bestimmung über die Ortsangehörigkeit von Außenständen dürfte dem Gesetze nicht widerstreben. Mit der Veräußerung seitens des Erben hört jedes einzelne Nachlaßstück auf, „Nachlaß" zu sein.

b) Bei Succession mehrerer Erben dauert der Gerichtsstand des § 28 Abs. 2 nur bis zur beendigten Teilung des Nachlasses unter die Erben. Jeder einzelne Nachlaßgegenstand verliert — so scheint der Gedanke des Gesetzgebers zu sein — mit der Teilung bezw. Zuweisung an einen von mehreren Erben seine Eigenschaft als Nachlaßgegenstand. Nach durchgeführter Teilung giebt es daher keinen „Nachlaß" mehr. Es kommt nichts darauf an, ob vor Beendigung der Teilung sich „Nachlaß" im Bezirke des Erbschaftsgerichts befindet. Auch wenn sich (was kaum jemals vorkommen wird) überhaupt kein Nachlaß in diesem Gerichtsbezirke befunden haben sollte, ebenso wenn zwar der in diesem Gerichtsbezirke befindliche Nachlaß verteilt, außerhalb aber noch ungeteilter Nachlaß vorhanden ist, ist der Gerichtsstand des § 28 Abs. 2 begründet.

Die Richtigkeit der vorstehenden Auslegung des in der Fassung nicht glücklichen Abs. 2 dürfte sich aus der Vorgeschichte des aus dem Nürnb. Entw. § 9 stammenden § 28 ergeben. Es geht aus dieser Vorgeschichte, insbes. aus Nürnb. Komm.-Berichten S. 44, Nürnb. Komm. Prot. S. 59 ff. 124 ff., Hann. Entw. § 19, Hann. Prot. 454—463, 489—501, 519, 809, Preuß. Entw. § 26 und Mot. dazu S. 19, Nordd. Entw. § 60, Nordd. Prot. 50 ff., 232, Motive zu Entw. III S. 59, 60 als im höchsten Grade wahrscheinlich hervor, daß mit dem sich dem Nürnb. Entw. ganz anschließenden Texte des § 28 nichts anderes gesagt werden wollte, als was der Hann. Entw. und der Preuß. Entw. durch eine deutlichere Fassung zum Ausdruck brachten; daß also der erste Konditionalsatz des Abs. 2 „wenn — befindet" nur auf den Fall des Daseins eines Erben gemünzt ist. Auch ergiebt sich bei einer Auslegung, welche den bezeichneten Konditionalsatz auch auf den Fall des Vorhandenseins

mehrerer Erben bezieht, die Unwahrscheinlichkeit, daß der Gesetzgeber die zweite Alternative „wenn mehrere Erben ꝛc." nur für den kaum jemals sich ereignenden Fall, daß sich Nachlaßgegenstände überhaupt nicht in dem Bezirke des Erbschaftsgerichts befinden, angefügt hätte. [Mit vorstehender Auslegung stimmen im Resultate überein: Gaupp I S. 95, Endemann I § 28 S. 274, Siebenhaar S. 67, Wach I § 36 bei N. 4, Planck I § 17 N. 10. Dagegen beziehen Struckm. Koch § 28 N. 5, Wilm. Levy § 28 N. 3, Petersen S. 48 die erste Alternative auch auf den Fall mehrerer Erben, lassen also die Klagen gegen jeden von mehreren Erben im Gerichtsstand des § 28 zu, wenn sich noch ein Nachlaßstück im Bezirke des Gerichts befindet. Fitting Arch. f. civ. Pr. LXI S. 406 ff., Lehrb. S. 38 N. 10 und v. Bülow § 28 N. 5 verstehen die erste Alternative dahin, daß Erbschaftsgläubiger gegen jeden Allein- oder Teilerben klagen können, solange das, was einem Teilerben durch die Teilung von dem Nachlasse zugefallen ist, sich noch ganz oder teilweise im Bezirke des Erbschaftsgerichts befindet. Auf Mißverständnis beruht die Ansicht v. Sarweys I S. 65, wonach es darauf ankommen soll, ob die Erbschaft angetreten ist oder nicht. Ganz unklar Hellmann Lehrb. S. 113 f.]

6. Die Bestimmung des ALR. I 17 § 132 ist aufgehoben. Landesgesetzliche Bestimmungen über das erbschaftliche Liquidationsverfahren sind nach EG. § 15 Nr. 3 durch § 28 nicht berührt.

§ 29.

Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ist das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

Mot. S. 60, 61. KPr. S. 10, 11, 508.

1. Litteratur: Wach I § 38 Z. II, Planck I § 18, Hellmann Lehrb. S. 114; Schultze Kr. VJ. Schr. XVIII S. 217 ff., Peter Beitr. z. Erl. d. DR. XXIV S. 368 ff., Westerburg eod. XXV S. 42 ff., Stein eod. XXVIII S. 406 ff., Pfizer eod. XXX S. 499 ff. Über das frühere Recht s. Wetzell § 41 Z. I, Albrecht das Motiv des forum contractus, Bethmann-Hollweg Versuche S. 16 ff.

2. Der fakultative Gerichtsstand des § 29 richtet sich nach dem Erfüllungsorte, nicht nach dem Orte des Vertragsschlusses. Forum solutionis. Wo der Vertrag zu erfüllen ist, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Für das gemeine Recht vgl. Savigny Syst. VIII S. 221 ff., Windscheid Pand. II § 382, Reatz Erfüllungsort (1862). Für das franz. Recht: C. c. art. 1247; für das Handelsrecht: HGB. Art. 324, 325, 342; die Bestimmung des Abs. 2 des Art. 325 ist nicht aufgehoben [Westerburg a. a. O. S. 55 ff., Wilm. Levy 4. Aufl. § 29 N. 3, RG. 29. Mai 1880 Entsch. I Nr. 158 S. 445 ff.] — Für das Preuß. ALR. vgl. Teil I Titel 5 §§ 247—251.

Der für den Gerichtsstand des § 29 maßgebende Erfüllungsort kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Übereinkunft der Parteien, Natur der Leistung, gesetzliche Vorschrift bestimmt sein. Das forum solutionis ist also keineswegs auf die Fälle beschränkt, in denen die Erfüllung des Vertrags nur an einem bestimmten Orte möglich oder der Ort derselben ausdrücklich bezeichnet ist [vgl. OLG. Celle SA. XL Nr. 23].

Gemeinrechtlich muß nach der herrschenden Ansicht [s. Windscheid a. a. O. AM. Reatz S. 74 ff.] der Schuldner, wenn ein Erfüllungsort weder ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart noch durch den Leistungsgegenstand bestimmt ist, an jedem Orte erfüllen, wo er verklagt werden kann. Vom Standpunkte dieser Ansicht ist § 29 bedeutungslos, soweit nicht ein auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung beruhender oder aus der Natur des Leistungsgegenstandes sich ergebender Erfüllungsort vorhanden ist [vgl. Planck I S. 67].

Bestehen für ein und dieselbe Leistung mehrere Erfüllungsorte, so ist das forum solutionis an jedem begründet.

Wegen des Beweises der zur Begründung des forum solutionis gehörigen Thatsachen s. Bem. N. 6 vor § 12 und die daselbst cit. UU. des RG.

Entscheidungen des RG.: a) Wird aus einem Handelsgeschäfte gegen den Käufer auf Zahlung des Preises geklagt, so ist, falls nicht aus HGB. Art. 324 Abs. 1 ein anderer Erfüllungsort sich ergiebt, das Gericht am Wohnsitze bezw. am Ort der Handelsniederlassung des Käufers zuständig. Daß nach HGB. Art. 325 Abs. 1 der Käufer die Zahlung des Kaufpreises, wenn nicht ein anderes aus dem Vertrage oder aus der Natur des Geschäfts oder aus der Absicht der Kontrahenten hervorgeht, auf seine Gefahr und Kosten dem Verkäufer an den Ort, an welchem der letztere z. Z. der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung und in Ermangelung deren seinen Wohnsitz hatte, übermachen muß, ändert gemäß Art. 325 Abs. 2 an dem gesetzlichen Erfüllungsort (Art. 324) nichts. [RG. 26. Mai 1880 Entsch. I Nr. 158 S. 438 ff. (445); 27. Oktober 1880 II Nr. 31 S. 123; vgl. a. 26. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 36 S. 118]. b) Das Gericht des Wohnsitzes des Kommissionärs ist als Gerichtsstand des Erfüllungsorts zuständig für die Klage des Kommissionärs gegen den Kommittenten auf Rückzahlung eines Vorschusses. 30. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 109 S. 370. c) Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes für die Klage des Verkäufers aus dem über Immobilien geschlossenen Kaufvertrage gegen den Käufer bestimmt sich nicht nach dem Orte, wo die Immobilien sich befinden, sondern, soweit nichts anderes bestimmt ist, nach dem Wohnsitze des Käufers. 4. Mai 1883 Entsch. IX Nr. 102 S. 351. d) Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts für die Klage des als Selbstkontrahent eingetretenen Kommissionärs bestimmt sich nach der Niederlassung des Kommissionärs. 3. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 23 S. 90.

3. In dem Entwurfe lautete der Schlußsatz: „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist.“ Die JK. des R. beschloß in erster Lesung (KPr. S. 10, 11) statt dieses Schlußsatzes die gegenwärtige Fassung, „weil es auch vorkomme, daß derjenige, der einen Vertrag zu erfüllen habe, um dessen Erfüllung es sich handle, Kläger sei, namentlich wenn auf Aufhebung oder Nichtbestehen des Vertrags geklagt werde.“

Bei Verträgen, aus welchen Verpflichtungen für beide Kontrahenten entstehen, (zweiseitigen Obligationsverhältnissen) kann es vorkommen, daß die sich gegenüberstehenden Verpflichtungen nicht an dem gleichen Orte zu erfüllen sind. In diesem Falle richtet sich das Forum des § 29 nach dem Orte, wo die zunächst streitige Verpflichtung zu erfüllen wäre. Z. B. A hat mit B einen Vertrag geschlossen, durch welchen wechselseitige Verpflichtungen begründet wurden; A hat am Orte x, B am Orte y zu erfüllen. Für die Klage des A auf Erfüllung sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung wird das forum solutionis durch den Ort y, für die Klage des A auf Aufhebung des Vertrages durch den Ort x bestimmt [vgl. OLG. Celle in SA. XXXVII Nr. 147 und XXXVIII Nr. 167, sowie RG. 4. Mai 1883 Entsch. IX Nr. 102 S. 351]. Für die Klagen auf Feststellung des Nichtbestehens eines Vertrags ist der Ort maßgebend, wo der Kläger, wenn der Vertrag bestände, zu erfüllen hätte [vgl. OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 54]. Für die Klagen auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ist als „streitige Verpflichtung“ nicht die Verpflichtung zur Leistung der eingeklagten Geldentschädigung, sondern diejenige Vertragspflicht anzusehen, für deren Nichterfüllung der Kläger Ersatz begehrt; daher ist der Ort, wo die nicht erfüllte Vertragspflicht zu erfüllen gewesen wäre, maßgebend [RG. 25. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 107 S. 385, 20. Dez. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1048].

4. Die in dem Gerichtsstand des § 29 zulässigen Klagen sind die Klage auf Vertragserfüllung, auf Aufhebung des Vertrags (z. B. actio redhibitoria), die Klage auf Entschädigung wegen Nichterfüllung [z. B. die Klage auf Entschädigung wegen Bruches eines Verlöbnisses, RG. 16. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 102 S. 338, OLG. Hamburg SA. XL Nr. 149] oder wegen nicht gehöriger Erfüllung, die Klage auf Konventionalstrafe [vgl. RG. 20. Apr. 1886 Entsch. XV Nr. 131 S. 436]; ferner die Präjudizialklage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Vertrags. Für Klagen aus wechselmäßigen Verpflichtungen ist der Gerichtsstand in § 566 besonders geregelt.

In dem Gerichtsstand des § 29 kann nicht geltend gemacht werden die Klage auf Rückgabe des ohne Rechtsgrund (z. B. in Erwartung oder irrtümlicher Annahme eines Vertrags) zur Erfüllung Geleisteten [RG. 12. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 118 S. 411, 25. Jan. 1881 III Nr. 107 S. 384, 15. Febr. 1881 III Nr. 118 S. 415]. Auf Quasikontrakte findet der Gerichtsstand des § 29 nicht Anwendung [so auch Westerburg a. a. O. S. 61 und RG. 22. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 118 S. 408]; ebensowenig auf die Anfechtungsklagen wegen Verkürzung der Gläubiger [so auch Stein a. a. O. S. 413, A. Förster § 29 N. 4b, Jäckel Anfechtung 2c. S. 185, Wach I S. 448. AM. Cosack Anfechtungsrecht S. 226]; denn diese Klagen gehen gar nicht auf Aufhebung von Verträgen.

5. Das forum solutionis ist nicht auf Handelssachen beschränkt. Daß der Beklagte am Erfüllungsort anzutreffen sei oder Vermögen in dem Bezirke des Gerichts habe (Preuß. AGO. I 2 §§ 142 ff.), wird nicht gefordert. Die Bestimmungen des franz. Rechts über domicile élu (Code civ. art. 111; code de proc. art. 59) sind durch § 29 nicht berührt.

§ 30.

Für Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und der Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften (Meß- und Marktsachen) ist das Gericht des Meß- oder Marktorts zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter desselben am Orte oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält.

Mot. S. 61, 62. KPr. S. 10, 11, 508.

1. Litteratur: v. Schrutka-Rechtenstamm Ztschr. f. d. CPr. VII S. 62 ff., Stein Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 420 ff., Wach I § 38 Z. IV S. 457 f.

2. Die Definition der „Meß- und Marktsachen" (vgl. §§ 194, 234, GVG. § 202 Nr. 3) ist auf den NE. § 15 Nr. 4 zurückzuführen. Unter den bezeichneten Begriff fallen alle Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der in das Gebiet des Kleinverkehrs fallenden Jahr- und Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften. Der Ausdruck „Handelsgeschäfte" erläutert sich aus HGB. Art. 271 ff. Es ist nicht nötig, daß das Geschäft auf beiden Seiten oder auf Seite des Beklagten Handelsgeschäft sei; für die Klage aus einem Geschäfte, welches nur auf Seite des Klägers ein Handelsgeschäft ist, ist der Gerichtsstand des § 30 begründet.

In der Norbd. Komm. (Pr. S. 2289 f.) wurde hervorgehoben, daß es nicht in Betracht komme, ob die Partei den Vertrag in Person geschlossen habe, ob die Messe bereits ein- oder ausgeläutet sei, wenn dieselbe nur nach dem Sprachgebrauche des Verkehrs bereits oder noch bestanden habe, und daß durch das Wort „auf" die Geschäfte ausgeschlossen werden, welche nur während der Messe und nicht im Marktverkehr geschlossen werden.

3. Die Dauer des in § 30 geschaffenen fakultativen Gerichtsstandes des Vertrags ist nicht auf die Dauer der Messe oder des Marktes beschränkt. Aber Anwesenheit des Beklag-

ten oder eines zur Prozeßführung berechtigten Vertreters am Meß- oder Marktorte oder im Bezirke des Gerichts des Meß- • oder Marktorts wird verlangt. Der Gerichtsstand ist während der Messe (des Marktes) nicht gegeben, wenn der Beklagte oder ein Vertreter desselben nicht mehr anwesend ist; es dauert über die Meß- oder Marktzeit hinaus, solange der Beklagte oder ein Vertreter anwesend ist. Kontinuität des Aufenthalts des Beklagten bzw. seines Vertreters am Orte oder im Bezirke des Gerichts von der Meßzeit bis zur Klagerhebung ist nicht erforderlich. Der Gerichtsstand ist z. B. als begründet anzunehmen für die Klage aus einem auf der Leipziger Ostermesse 1888 abgeschlossenen Geschäfte, wenn die Klagezustellung an den unterdessen in seine Heimat gereisten russischen Händler bei seiner Rückkehr nach Leipzig im Jahre 1889 erfolgt [so auch v. Schrutka a. a. O.].

4. Welcher Vertreter als zur Prozeßführung ermächtigt anzusehen sei, ist nach materiellem Recht — HGB. Art. 42, 47, 49, 58 — zu beurteilen. Der Prokurist ist als solcher zur Prozeßführung ermächtigt; der Handlungsbevollmächtigte und der Handlungsgehülfe, welcher von dem Prinzipal zu Rechtsgeschäften in dessen Handelsgewerbe beauftragt ist, sind zur Prozeßführung nur berechtigt, wenn ihnen eine solche Befugnis besonders erteilt ist.

5. Es ist nicht nötig, daß derjenige, welcher das Handelsgeschäft abgeschlossen hat, identisch sei mit dem am Orte oder am Bezirke des Gerichts Anwesenden. Das Forum des § 30 ist z. B. auch begründet, wenn der Prinzipal selbst das Geschäft abgeschlossen hat, dann abgereist, jedoch sein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter anwesend ist.

6. Um Aufenthalt anzunehmen, genügt die zur Zustellung der Klage erforderliche Anwesenheitsdauer.

7. Wegen Beschleunigung des Verfahrens in Meß- und Marktsachen s. §§ 194, 234, 459, 481, 517 und GVG. § 203 Nr. 3 (Feriensachen).

§ 31.

Für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, ist das Gericht des Orts zuständig, wo die Verwaltung geführt ist.

Mot. S. 62. KPr. S. 10, 11, 20, 508.

1. Litteratur: Stein Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 422, Wach I § 38 Z. V S. 458 f. — Der fakultative Gerichtsstand der Vermögensverwaltung bezieht sich auf die actio directa des Geschäftsherrn und die actio contraria des Verwalters. Für die Klagen dritter Personen aus der geführten Verwaltung ist dieser besondere Gerichtsstand neben dem des Vertrags kein Bedürfnis. (Mot. S. 62.)

2. Unter Vermögensverwaltung im Sinne dieses Paragraphen ist nicht nur die vertragsmäßige, sondern auch die auf gesetzlichem Grunde oder einem gerichtlichen Auftrag beruhende, z. B. Vormundschaft, Masseverwaltung im Konkurs, zu verstehen. Als der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, ist nicht der Ort, wo sich zufällig ein Vermögensobjekt befindet, sondern nur der Sitz einer selbständigen Verwaltung zu betrachten (KPr. S. 11). Regelmäßig, aber nicht notwendig ist dies der Wohnsitz des Verwalters.

3. Der Gerichtsstand des § 31 erlischt nicht mit dem Aufhören der Verwaltung.

4. Der im HGB. Art. 455 und 475 statuierte Gerichtsstand bei dem Gericht, in dessen Bezirk der Heimatshafen des Schiffes liegt, für Klagen, welche gegen den Rheder oder Mitrheder als solchen erhoben werden, ist nach § 13 des EG. aufrecht erhalten (KPr. S. 11 und 20).

§ 32.

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Handlung begangen ist.

Mot. S. 62. KPr. S. 11, 19, 508.

1. Litteratur: A. Korn der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (Berlin 1885), Wach I § 38 Z. VIII S. 462 f. Zur Geschichte des forum delicti commissi s. Wetzell § 41 bei N. 31 ff. — Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist nicht ausschließlich.

2. a) Der Begriff „unerlaubte Handlung" umfaßt nicht nur die strafbaren Handlungen, sondern auch alle Thatbestände des Civilrechts, in denen ein nicht bloß auf vertragsmäßiger Gebundenheit beruhendes Verschulden (dolus oder culpa) das Entstehen einer civilrechtlichen Verbindlichkeit bewirkt. Insbesondere gehören zu den Klagen aus unerlaubten Handlungen die Ansprüche wegen Sachbeschädigung. Nach dem Vorstehenden kann nicht die Rede davon sein, daß die Einleitung einer strafrechtlichen Untersuchung Voraussetzung des forum delicti commissi wäre. Auch wird dieser Gerichtsstand dadurch nicht berührt, daß eine eingeleitete Untersuchung mit Freisprechung endigte (KPr. S. 11, 19). — Der Gerichtsstand des § 32 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der aus dem Delikt entspringende Anspruch auch mit einer Vertragsklage verfolgbar ist.

b) Die Frage, ob der Gerichtsstand des § 32 für Klagen aus den sog. Quasidelikten begründet sei [bejaht vom RG. 22. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 118 S. 411, dagegen Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 69, Struckm. Koch § 32 N. 1], läßt sich nicht generell beantworten, weil der Begriff des sog. Quasidelikts unklar ist. Unter den vier Ansprüchen, von welchen in Inst. 4, 5 und l. 5 §§ 4—6 D. 44, 7 gesagt wird, daß sie „quasi ex delicto" entstehen — a. contra iud. qui lit. suam fecit, a. de eff. v. deiect., a. de pos. et susp. und Klage aus dem Edikt, welches die nautae caupones etc. für Delikte ihrer Leute haftbar erklärte — kann der erstgenannte am Gerichtsstand des § 32 eingeklagt werden, weil die Haftung des Richters dessen Schuld voraussetzt. Die a. de eff. v. deiect. und die a. de pos. et susp. können im Gerichtsstand des § 32 erhoben werden, wenn dieselben auf eigenes Verschulden des Beklagten gestützt werden; ob auch dann, wenn sie auf Verschulden eines dritten gestützt werden, hängt von der Beantwortung der sub c zu erörternden Frage ab. — Deutsche Juristen haben unter obligationes qu. ex del. noch mancherlei Haftbarkeit gestellt (z. B. die Fälle der a. de paup., der a. de pastu, die Klage aus dem interd. quod vi aut clam ꝛc.), bei welchen von unerlaubter Handlung im Sinne des § 32 nicht die Rede sein kann. — Für Klagen wegen dolosen oder fahrlässigen Zuwiderhandelns gegen die Gesetze zum Schutze der sog. Individual- oder Immaterialrechte (Autorrecht, Patentrecht ꝛc.) ist der Gerichtsstand des § 32 begründet. [Vgl. RG. 21. März 1885 Entsch. XIII Nr. 117 S. 423.]

c) Für Klagen aus unerlaubten Handlungen (Delikten) dritter, für welche der Beklagte, sei es auf Grund Vertrags (z. B. Haftbarkeit für furtum bei Übernahme der custodia l. 40, 41 cf. 19 D. 19, 2; l. 1 C. loc. 4, 51; l. 19 D. 13, 6), sei es auf Grund Gesetzes (z. B. Haftbarkeit des habitator für den durch effundere ꝛc. angerichteten Schaden, Haftbarkeit des nauta, caupo ꝛc. für Diebstähle und Sachbeschädigung seiner Leute, Haftbarkeit des Frachtführers für die in HGB. Art. 400 bezeichneten Personen, Haftbarkeit des Unternehmers nach RHaftpfl.-Ges. § 2 für die schuldhaften Handlungen einer der daselbst bezeichneten Personen; ferner Pr. ALR. I 6 § 18, Pr. Forstdiebst.-Ges. v. 15. April 1878 §§ 11 u. 12, Pr. Feld- und Forstpol.-Ordn. v. 11. März 1880, C. c. art. 1384 etc.) einzustehen hat, ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ebenfalls begründet. Dies er-

giebt sich aus dem gesetzgeberischen Motiv für die Einführung bis for. del. comm. — Beweiserleichterung, Kostenersparnis (s. Nov. 69 c. 1) — und kann auf die Analogie von l. 43 D. 9, 4 gestützt werden. [Ebenso Wach I § 38 N. 88, Eger, RHaftpfl.-Ges. S. 217, 477, ROHG. 24. Jan. 1874 Entsch. XVI S. 4, 6, RG. 3. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 118 S. 384, 18. Juni 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1049.]

d) Ob für die Anfechtungsklagen nach KO. §§ 23—25, 33 und RG. v. 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses, der Gerichtsstand des § 32 begründet ist, hängt davon ab, ob man diese Klagen für Deliktsklagen erachtet oder nicht. Wer den Deliktscharakter aller dieser Klagen verneint [so Cosack, das Anfechtungsrecht der Gläubiger (1884) S. 15 ff.], muß natürlich das forum delicti für alle verneinen [Cosack a. a. O. S. 226]. Für die Klagen nach KO. §§ 24 Nr. 1, 33 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 und aus Anf.Ges. §§ 3 Nr. 1, 11 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 dürfte sich mit Rücksicht auf die zum Klagegrund gehörige Behauptung der participatio fraudis des Beklagten und auf den historischen Zusammenhang mit der deliktischen actio Pauliana die Deliktsnatur und also der Gerichtsstand des § 32 kaum bestreiten lassen [vgl. RG. 18. Nov. 1882 SA. XXXVIII Nr. 168, 17. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1124, OLG. Karlsruhe in Ztschr. f. d. CPr. III S. 490]. Zweifelhaft ist die Natur der Klagen aus KO. § 23. Ohne Künstelei ist ein Delikt des Schuldners oder des Anfechtungsbeklagten in dem Klagegrund nicht zu finden, denn die Vornahme der daselbst bezeichneten Rechtshandlungen in Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Antrags auf Konkurseröffnung ist keine unerlaubte Handlung; daher ist der Gerichtsstand des § 32 für diese Klagen nicht als begründet zu erachten [so auch RG. I CS. 25. Nov. 1882 Entsch. X Nr. 97 S. 325 ff. AM. RG. II CS. 16. Juni 1883 Entsch. X Nr. 98 S. 334 ff.]. Die Anfechtungsklagen aus KO. §§ 24 Nr. 2, 33 Abs. 2 Nr. 2 und Anf.Ges. §§ 3 Nr. 2, 11 Abs. 2 Nr. 2 stützen sich nach der herrschenden, namentlich auch in den Motiven zur KO. vertretenen Ansicht auf die gesetzliche Präsumtion der betrügerischen Absicht des Schuldners und der Kenntnis dieser Absicht auf Seite des Anfechtungsbeklagten [dagegen Cosack a. a. O. S. 17 ff.]; für dieselben ist daher die Deliktsnatur und folglich der Gerichtsstand des § 32 anzunehmen. Anders steht es wieder mit den Klagen aus KO. § 25 und Anf.Ges. § 3 Nr. 3 und 4; diese stützen sich nicht auf deliktischen Thatbestand und gehören daher nicht zum Gerichtsstand des § 32. Mit der Annahme, daß die Anfechtung sich auf ein Quasidelikt stütze [Mandry der civilrechtl. Inhalt 2c. S. 513], ist gar nichts gesagt (s. o. litt. b). [Mit der vorgetragenen Ansicht stimmen Struckm. Koch 5. Aufl. N. 1 und Wach I § 38 N. 89 mit dem Abmaße überein, daß sie auch für die Klage aus KO. § 23 den Gerichtsstand des § 32 annehmen.]

e) Ob der Gerichtsstand des § 32 für Klagen wegen außerehelicher Schwängerung begründet ist, ist davon abhängig, ob nach Civilrecht die außereheliche Schwängerung als Delikt in Betracht kommt. Vgl. darüber für das gem. Recht Windscheid Pand. II § 475 N. 18.

3. Wo das Delikt begangen erscheint, bemißt sich nach den gleichen Grundsätzen, wie im Strafprozesse. Wenn der Erfolg des Delikts in einem anderen Gerichtsbezirke eingetreten ist, als in demjenigen, in welchem die That begangen worden, so ist nur der Ort der That entscheidend. Ist das Delikt durch mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken verübte Handlungen begangen, so entscheidet nach § 36 Nr. 2 das nächst höhere Gericht über die Zuständigkeit. Ebenso wenn das Delikt auf der Grenze zweier Gerichtsbezirke begangen wurde.

Der Gerichtsstand des § 32 ist für eine Klage wegen rechtswidriger Verhaftung da begründet, wo die Verhaftung vollzogen wurde, nicht da, wo der Verhaftungsbefehl ausgestellt

wurde [RG. 15. April 1881 Entsch. IV Nr. 105 S. 380]. Über den Ort der Patentverletzung vgl. RG. Entsch. XIII Nr. 117.

§ 33.

Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruchs auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können.

Mot. S. 62, 63. KPr. S. 12, 508..

1. Litteratur: Savigny Syst. VI S. 330 ff., Sartorius die Lehre von der Widerklage, Planck Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten S. 67—94, Bayer S. 213 ff., 638 ff., Renaud §§ 38, 61, 202, Wetzell S. 507 ff. Über die Widerklage nach der CPrO.: R. Löning die Widerklage im Reichscivilprozeß Ztschr. f. d. CPr. IV S. 1—190 (auch als Separatabdruck erschienen), Schmidt Ztschr. f. d. CPr. IV S. 375, Kleinfeller Gerichtsstand der Widerkl. in seiner gesch. Entw. und Geltung nach der RCPr. (1882), Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 358 ff. und LXXI S. 331 ff., Kroll Klage und Einrede S. 281 ff., Wach I § 40 f., Planck I § 19, Hellmann Lehrb. S. 441 ff.

2. Widerklage ist die im Laufe eines Rechtsstreits vom Beklagten gegen den Kläger bei demselben Gericht und in demselben Verfahren erhobene Klage. [Vgl. Fitting S. 40, Löning S. 2—14.] Es giebt im d. CPr. nur eine Art von WKl. Die Präjudizialinzidentwiderklage (§ 253) hat keine Besonderheiten. Die Behauptung der Mot. S. 63, daß die Zulassung der WKl. nach § 253 eine Erweiterung der Zulässigkeit über die Regel des § 33 hinaus enthalte, welche Behauptung von der Mehrzahl der Kommentatoren einfach nachgeschrieben wurde, ist unhaltbar [s. Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 401, Handb. I S. 488, Löning a. a. O. S. 17].

Die Widerklage ist ebenso gut Klage, wie die Vorklage, und hat im allgemeinen dieselben Wirkungen wie diese.

[Irrige Ansichten über den Charakter der WKl. bei Hellmann Komm. I S. 144 und Lehrb. S. 441 f.: die WKl. soll „Angriffsmittel“ sein, aber nicht den Charakter der Klage haben; Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 66 ff.: die WKl. sei als Einrede, nicht als Klage zu behandeln. Dagegen Löning a. a. O. S. 29 N. 25. Irriges auch bei Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 358 ff.]

3. Die Voraussetzungen der Widerklage sind: a) Rechtshängigkeit der Vorklage. Die Rechtshängigkeit beginnt mit der Klagerhebung (§ 230). Auch die nicht den Vorschriften des § 230 entsprechende Klagerhebung bewirkt formale Rechtshängigkeit, ebenso die Erhebung einer Klage, welche um deswillen nicht zu einem Urteile über die Sache selbst führt, weil es ein Mangel in den sog. Prozeßvoraussetzungen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 247) besteht. Die Erhebung einer Widerklage gegenüber einer solchen Klage ist daher nicht unzulässig. Aber die WKl. teilt insofern das Schicksal der Vorklage, als mit der ohne Urteil in der Sache selbst (also durch sog. absolutio ab instantia) erfolgenden Abweisung der Vorklage wegen nicht ordnungsmäßiger Klagestellung oder wegen eines Mangels in den Prozeßvoraussetzungen, eine notwendige Voraussetzung, nämlich die Rechtshängigkeit der Vorklage, der WKl. nachträglich mit

Rückwirkung entzogen und daher kein Urteil zur Sache über die WKl. zu erlassen, sondern die absolutio ab instantia bezüglich derselben auszusprechen ist. [Vgl. Lönning a. a. O. S. 36 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 362, Kleinfeller a. a. O. S. 49, Struckm. Koch N. 1, Wach I S. 476 f. AM. Hellmann Lehrb. S. 446.] Die Rechtshängigkeit muß aber nicht bloß begonnen haben, sondern sie muß auch zu der Zeit, in welcher WKl. erhoben wird, noch fortdauern. Die Rechtshängigkeit endigt durch Zurücknahme der Klage, rechtskräftigen Vergleich oder Endurteil. Da die Zurücknahme der Klage die Folge hat, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist (§ 243 Abs. 3), so hört nicht bloß mit der (gültigen) Zurücknahme der Vorklage die Möglichkeit auf eine WKl. zu erheben, sondern die Zurücknahme der Vorklage entzieht auch der WKl. den Gerichtsstand; denn die Rechtshängigkeit wird mit zurückwirkender Kraft beseitigt. Übrigens ist definitive (im Gegensatz zu bloß eventueller) Erhebung der WKl. nur bei Einlassung auf die Vorklage möglich. Darum ist Zurücknahme der Vorklage nach definitiver Erhebung einer WKl. nur mit Einwilligung des Beklagten und Widerklägers zulässig (§ 243 Abs. 1). Dabei kann vereinbart werden, daß der Gerichtsstand der erhobenen WKl. durch die Zurücknahme der Vorklage nicht berührt werden solle; das ist ein nach § 38 (vorbehaltlich des § 40 Abs. 2) zulässiger Prorogationsvertrag. [Über die Wirkung der Zurücknahme der Vorklage auf die WKl. vgl. Löning a. a. O. S. 41 N. 35, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 55, Hellmann Lehrb. S. 447, welche sämtlich annehmen, daß die Zurücknahme die WKl. nicht berühre. Der vorgetragenen Ansicht stehen Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 362 und v. Sarwey N. 4 zu § 243 nahe.] Die Beendigung der Rechtshängigkeit durch ein Urteil zur Sache oder durch Vergleich über die Vorklage berühren die WKl. nicht, weil sie die Rechtshängigkeit der Vorklage nicht mit rückwirkender Kraft aufheben.

b) Da die WKl. nur in mündlicher Verhandlung erhoben werden kann (§ 254) und die Erhebung einer WKl. in zweiter Instanz durch § 491 ausgeschlossen ist, so ist der Gerichtsstand der WKl. nur benutzbar, so lange mündliche Verhandlung in erster Instanz stattfindet.

c) Der Widerkläger muß Beklagter der Vorklage sein. Hiernach kann der nach § 72 in den Prozeß eingetretene auctor nominatus WKl. erheben. Ebenso kann bei aktiver oder passiver Streitgenossenschaft jeder der passiven Streitgenossen für sich gegen jeden der aktiven Streitgenossen WKl. erheben. [Löning a. a. O. S. 74.] Ein Nebenintervenient kann niemals, auch nicht wenn ihm nach § 66 die Stellung eines Streitgenossen zukommt, Widerkläger bezw. Widerbeklagter sein [Löning S. 78.] Es folgt dies daraus, daß der Nebenintervenient immer, auch im Falle des § 66, nur zur Unterstützung der Hauptpartei berufen ist. [Das Nähere s. § 64 Bem. Nr. 2. Vgl. Schultze Ztschr. f. d. CPr. II S. 88 ff., 95 ff., v. Amelunren notwendige Streitgenossenschaft S. 76—79. AM. Hellmann Komm. I S. 146, Lehrb. S. 441 und 452, Kleiner I S. 216, 339, v. Bülow S. 86. Dieselben beachten nicht, daß der Nebenintervenient auch in der Stellung des § 66 nicht Partei ist. S. Bem. Nr. 2 zu § 66.] Wenn ein Nebenintervenient die Erhebung einer Widerklage versuchte, so würde das Gericht und zwar von Amtswegen die Widerklage durch ein die absolutio ab instantia aussprechendes Urteil als unzulässig zurückzuweisen haben. Ebenso, wenn Widerklage gegen einen Nebenintervenienten erhoben würde.

d) Der Prozeß muß die Erhebung einer WKl. vertragen. Im Urkunden- und Wechselprozeß ist die Erhebung einer WKl. durch §§ 558 Abs. 1, 559 ff. für schlechthin unzulässig erklärt; ebenso im Entmündigungsverfahren durch §§ 608, 620, 624, 626. In Ehesachen ist die WKl. nur mit Beschränkungen zugelassen (§§ 575 Abs. 2, 587 Abs. 2). Solange das Mahnverfahren nicht zu mündlicher Verhandlung führt, ist WKl. unmöglich. Das Arrest-

verfahren würde zwar dann, wenn dasselbe zu mündlicher Verhandlung führt, prozessualisch eine WKl. vertragen [Löning S. 34, 43]; aber wie das Erfordernis der Konnexität (s. u. litt. e) zustande kommen sollte, ist nicht abzusehen, da es sich im Arrestverfahren doch immer nur um die Sicherung des Anspruchs, nicht um Entscheidung über den zu sichernden Anspruch handelt. [So auch Weismann Hauptintervention S. 164 N. 10, im Resultat auch Wach I § 484 (dieser aus dem Grunde, daß im Arrestprozeß die Rechtshängigkeit der Vorklage fehle), Hellmann Lehrb. S. 446 weil das Arrestgesuch nicht Klage sei. AM. Löning a. a. O. S. 34 und Schollmeyer Kompensationseinrede S. 40 N. 3]. Was von dem Arrestprozesse gilt, gilt auch von dem Verfahren, welches eine einstweilige Verfügung betrifft. Wurde in einem Prozesse, welcher die Erhebung einer WKl. überhaupt oder doch der konkreten WKl. nicht verträgt, eine Widerklage gleichwohl erhoben, so hat das Gericht und zwar von Amtswegen bezüglich der unzulässigen WKl. die absolutio ab instantia durch Urteil auszusprechen.

e) Zusammenhang des in der WKl. geltend gemachten Anspruchs mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln. In den Entwürfen war rechtlicher Zusammenhang gesagt; des Zusammenhangs mit den Verteidigungmitteln geschah nicht Erwähnung. Die beiden Änderungen wurden in der JK. d. RT. beschlossen. Antragsteller (Dr. Bähr) bemerkte, daß sein Antrag dem Entwurf entspreche und nur dessen Klarstellung bewirke (KPr. S. 12). In der That kann Zusammenhang nichts anderes bedeuten, als rechtlicher Zusammenhang (Konnexität im Sinne des früheren Sprachgebrauchs) [vgl. a. RG. 15. März 1884 Entsch. XI Nr. 113 S. 423.] Rechtlicher Zusammenhang aber zwischen zwei Ansprüchen ist vorhanden, wenn beide Ansprüche aus demselben Rechtsverhältnisse oder Rechtsgeschäfte entspringen oder wenn der eine der Ansprüche in einem Präjudizialverhältnisse zu dem andern steht. [Ähnlich Wach I S. 482. Bezüglich der in dem Präjudizialverhältnisse bestehenden Konnexität vgl. a. Löning a. a. O. S. 94 und bay. o. LG. in Bl. f. RA. LI S. 203.] Daß man unter Zusammenhang nichts anderes als den rechtlichen Zusammenhang im bezeichneten Sinne verstehen kann, wird dadurch bestätigt, daß jede andere Deutung — etwa im Sinne thatsächlichen Zusammenhangs der Entstehung oder im Sinne von teilweiser Gemeinsamkeit des die Ansprüche begründenden Thatbestandes [so Löning a. a. O.] — sich bei näherer Betrachtung und Exemplifizierungsversuchen unhaltbar erweist. Zusammenhang mit den Verteidigungsmitteln ist zu allermeist auch Zusammenhang mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche. Mit der Verteidigung, welche nur Negation des thatsächlichen oder rechtlichen Fundaments der Klage ist, ist kein Zusammenhang eines Gegenanspruchs denkbar, der nicht schon in Zusammenhang mit dem Klaganspruch stände. Auch wie mit einer der klägerischen Behauptung entgegengesetzten neuen Thatsache ein Zusammenhang bestehen könnte, ohne daß bereits Konnexität mit der Vorklage bestände, ist nicht abzusehen [AM. Löning S. 96]. Wohl aber ist dann, wenn der Beklagte ein neues Rechtsverhältnis verteidigungsweise geltend gemacht hat, Zusammenhang des Widerklaganspruchs mit den Verteidigungsmitteln möglich, und zwar entweder so, daß der Widerklaganspruch und das Verteidigungsmittel im Präjudizialverhältnis stehen, oder so, daß beide aus demselben Rechtsverhältnis oder Rechtsgeschäft entspringen. Der Hauptfall ist die Kompensationseinrede. Zusammenhang mit Verteidigungsmitteln genügt nur dann zur Erhebung der Widerklage, wenn das betreffende Verteidigungsmittel zulässigerweise vorgebracht würde. Daher genügt z. B. nicht der Zusammenhang mit einem nach § 252 zurückgewiesenen Verteidigungsmittel oder mit einer nach materiellem Recht unzulässigen Kompensationseinrede. [Entgegen der vorgetragenen Ansicht, daß Konnexität des Gegenanspruchs Voraussetzung nicht bloß des besonderen Gerichtsstandes, sondern auch der prozessualischen Zulässigkeit der WKl. ist, hat

Löning a. a. O. §§ 17 und 18 die Ansicht verfochten, daß Konnexität nur gefordert werde für das Entstehen eines besonderen Gerichtsstandes; wenn das Gericht der Vorklage nach allgemeinen Grundsätzen für den Widerklageanspruch zuständig sei, so sei WKl. zulässig auch ohne Konnexität. Es ist zuzugeben, daß der Wortlaut des § 33 für L.s Ansicht spricht. Andererseits ist aber nach der Vorgeschichte des § 32 (vgl. Nürnb. Entw. § 13, Nürnb. KPr. S. 27 ff., H. E. § 23, H. Pr. 505—513, 4818 ff., Nordd. Entw. §§ 65, 207, 298, Nordd. Prot. S. 57, 211, 220, 558 f., 2341) mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß es in der Absicht der Gesetzgeber lag, gelegentlich der Regelung des Gerichtsstands der WKl. auch die Zulässigkeitsfrage zu entscheiden. Die Motive des III. Entwurfs S. 62, 63 erwägen, daß gegenwärtig kein Bedürfnis bestehe, die Geltendmachung verschiedener nicht zusammenhängender Ansprüche im Wege der Klage und WKl. zu begünstigen, indem eine solche Verbindung in einem auf Mündlichkeit beruhenden Verfahren nur zu leicht eine bedenkliche Verwirrung herbeiführen könne, und erklären es für gerechtfertigt, daß der Entwurf die Zulässigkeit der WKl. von der Konnexität mit der Klage abhängig mache. Die nach dem Hann. Entw. zustande gekommenen Prozeßgesetze (z. B. Bayern Art. 31 cf. Schmitt bay. CPr. II S. 697 f., Württ. Art. 49) stehen ebenfalls auf dem hier vertretenen Standpunkt. Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz über die neueren Gesetze hinweg zu dem früheren gemeinen Recht zurückkehren wollte. Abs. 2 des § 33 bezieht sich allerdings nur auf den Gerichtsstand, nicht auf die Frage der Zulässigkeit der WKl. S. diese Bem. litt. g a. E. Gegen Löning: Schmidt, Kleinfeller, Lippmann a. a. O., Meyer Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 456 ff.; Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 1, Wach I S. 281 und § 40 N. 20, Hellmann Lehrb. S. 444 ff.; RG. 15. März 1884 Entsch. XI Nr. 113 S. 423, OLG. Celle SA. XXXVII Nr. 337, OLG. Braunschweig SA. XXXVIII Nr. 338.] Wurde eine Widerklage erhoben, welcher es an dem Zusammenhang mit dem in der Klage geltend gebrachten Anspruch oder mit den Verteidigungsmitteln gebricht, so ist die Widerklage jedenfalls dann als unzulässig (durch absolutio ab instantia) zurückzuweisen, wenn der Widerbeklagte das Fehlen des Zusammenhangs rügt. Fraglich ist, ob das Gericht die Widerklage auf welcher sich der Beklagte eingelassen hat, ohne den Mangel des Zusammenhangs zu rügen, von Amtswegen zurückzuweisen hat. Ein Gerichtsstand für die Widerklage ist in solchem Falle aus § 39 entstanden. Aber damit ist die Frage noch nicht entschieden; denn der rechtliche Zusammenhang ist nicht bloß Erfordernis des Gerichtsstandes sondern auch der Zulässigkeit der Klagerhebung in Form der Widerklage. Gemeinsame Verhandlung und Entscheidung über Klage und nicht konnexe Widerklage ist aber dadurch zu vermeiden, daß Verhandlung in getrennten Prozessen angeordnet wird (§ 136 Abs. 2). Da hiermit dem öffentlichen Interesse an der Verhütung der zwecklosen und verwirrenden gemeinsamen Verhandlung über nicht konnexe Widerklage Genüge geschehen kann, so dürfte man sich dahin zu entscheiden haben, daß eine nicht konnexe Widerklage nicht von Amtswegen zurückzuweisen ist [so auch bay. o. LG. SA. XL Nr. 150]. Vgl. a. Bem. 3 litt. c zu §§ 56, 57.

f) Das Gericht der Vorklage muß für die WKl. sachlich zuständig sein. Gehört die Widerklage als Klage vor ein Gericht derselben Ordnung, zu der das Gericht der Vorklage gehört, so ist alles glatt. Wird bei einem Landgericht eine Klage erhoben, die als Klage vor das Amtsgericht gehört, so ist, da die Zuständigkeit des Landgerichts die höhere ist, das Landgericht auch für die WKl. zuständig. Wird bei einem Amtsgericht eine WKl. erhoben, für welche als Klage das Landgericht zuständig wäre, so kann die Zuständigkeit des Amtsgerichts noch dadurch begründet werden, daß der Widerbeklagte sich, ohne die Unzuständigkeit zu rügen, auf die WKl. einläßt (§ 39), vorbehaltlich der Schranke des § 40 Abs. 2. Erfolgt keine Prorogation oder kann solche nicht erfolgen, weil die WKl. nicht vermögens-

rechtlich oder weil eine ausschließliche Zuständigkeit (GVG. § 70 Abs. 2 und 3) für dieselbe begründet ist, so ist die WKl. durch absolutio ab instantia abzuweisen. Im Falle der absolutio ab inst. kann nach § 467 zugleich die Verweisung des ganzen, aus Vor- und WKl. bestehenden Rechtsstreits an das Landgericht ausgesprochen werden, wenn dies rechtzeitig beantragt wird (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 467.) Wird gegenüber einer Vorklage vor der Kammer für Handelssachen eine nicht handelsrechtliche WKl. erhoben, so sind beide Klagen auf den vor der Verhandlung zur Sache zu stellenden Antrag des Widerbeklagten an die Civilkammer zu verweisen (GVG §§ 105 Abs. 1, 106). Stellt der Widerbeklagte keinen Verweisungsantrag, so ist die Kammer für Handelssachen, so lange eine Verhandlung zur Hauptsache nicht erfolgt und ein Gerichtsbeschluß darauf nicht verkündet ist, befugt [nicht verpflichtet, wie Hauser Ztschr. f. R. u. LR. III S. 391 behauptet], den Rechtsstreit von Amtswegen an die Civilkammer zu verweisen; die Verweisung von Amtswegen darf jedoch nicht aus dem Grunde erfolgen, daß der Beklagte nicht Kaufmann ist (GVG. § 105 Abs. 2). Die Civilkammer, an welche der Rechtsstreit verwiesen ist, entscheidet über die Klage und WKl. Wird gegenüber einer vor der Civilkammer anhängigen Vorklage eine handelsrechtliche WKl. erhoben, so ist die Civilkammer als die mit der allgemeinen Kompetenz ausgestattete Kammer auch für die handelsrechtliche WKl. zuständig [vgl. Löning a. a. O. S. 116—118].

g) Voraussetzung nicht für die Zulässigkeit der WKl., wohl aber für die Entstehung eines besonderen nicht schon für die WKl. als Klage vorhandenen Gerichtsstandes ist die Zulässigkeit der Prorogation. Da solche unzulässig ist, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist (vgl. § 40 Abs. 2), so kann ein eigener Gerichtsstand für die WKl. nicht gegeben sein, wenn dieselbe einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch betrifft oder wenn für die Widerklage als Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand (s. Bem. Nr. 4 zu § 12) begründet wäre. Klagen der letzteren Art können also nur dann als Widerklagen angebracht werden, wenn bei dem Gericht der Vorklage an und für sich schon die örtliche Zuständigkeit für die Widerklage als Klage begründet wäre.

4. Unter den für die WKl. geltenden Voraussetzungen ist auch eine WKl. gegen WKl. (reconventio reconventionis) als zulässig zu erachten [Löning a. a. O. S. 79 ff., Hinschius a. a. O. S. 1320, Wach I S. 486]. Nach früherem gem. Prozeßrecht wurde das Gegenteil behauptet, aber der Fall ausgenommen, daß die zweite WKl. mit der ersten konnex ist [Wetzell S. 846, Renaud S. 156]. Da nach der CPrO. Konnexität der zweiten WKl. mit dem Anspruch oder den Verteidigungsmitteln der ersten erforderlich ist, so entfernt sich obige Behauptung nicht weit von dem früheren Recht. Eine Stütze erhält dieselbe durch § 253, wonach zweifellos dem Widerbeklagten das Recht zusteht, eine Präjudizialwiderklage gegen den Widerkläger zu erheben, wenn in dem Prozesse ein Präjudizialpunkt der WKl. streitig geworden ist. Was für die Präjudizialwiderklage des § 253 gilt, muß aber wohl auch für andere WKl.n gelten. [AM. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Hellmann Komm. I S. 143 und Lehrb. S. 452, v. Sarwey I S. 75, Endemann II S. 53, 58, Kleiner I S. 214, 216, Petersen S. 56 f.]

5. Die WKl. wird nach § 254 erhoben in der mündlichen Verhandlung über den Prozeß durch Stellung und Begründung des (in landgerichtlichen Sachen zu verlesenden) Antrags. Die Mitteilung der WKl. in einem Schriftsatze ist nicht Erhebung. Der Schriftsatz hat nur vorbereitenden Charakter. Daraus folgt, daß WKl. in Abwesenheit des Klägers nicht erhoben werden kann, auch nicht, wenn sie ihm durch vorbereitenden Schriftsatz angekündet war [Löning S. 131 f., Wach Ztschr. für Pr. u. ö. R. VII S. 137 Note, Vortr.

S. 41 f., Wilm. Levy N. 1 zu § 254, Gaupp II S. 84, Endemann II S. 149 A. 7. AM. die Motive S. 132, Struckm., Koch N. 6 zu § 296, Hellmann Lehrb. S. 449 u. 636, Scheper Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 808, H. Meyer Ztschr. f. D. CPr. IX S. 341. Die Gegner übersehen, daß die WKl. doch dem Widerbeklagten mitgeteilt werden muß und daß die Zustellung des die WKl. vorbereitenden Schriftsatzes nach der positiven Vorschrift des § 254 keine Erhebung der WKl. ist]. Eine dem Kläger nur in einem vorbereitenden Schriftsatz angekündete WKl. kann nicht in Abwesenheit des Widerklägers abgewiesen werden; sie ist ja noch nicht erhoben. Wohl aber ist bezüglich der in einem früheren Termine erhobenen WKl. Versäumnisurteil gegen den Widerkläger und den Widerbeklagten möglich. — Auf die mündliche Verhandlung über die WKl., bzl. auf die Vorbereitung dieser Verhandlung finden die allgemeinen Regeln (§§ 119 ff.) Anwendung; auch jene über prozeßhindernde Einreden (s. Bem. Nr. 13 zu § 247 und Bem. Nr. 5 zu § 248).

6. Verhandlung und Entscheidung über die WKl. erfolgt regelmäßig einheitlich mit der Verhandlung und Entscheidung über die Vorklage (processus simultaneus). Über Verweisung zu getrenntem Prozesse s. § 136; über gesonderte Entscheidung s. § 273.

§ 34.

Für die Klagen der Prozeßbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig.

Mot. S. 63, 64. KPr. S. 12, 508.

1. Litteratur: Hellmann Bl. f. RA. XLIII S. 225 ff., 241 ff., 261 ff. — § 34 begründet ein fakultatives forum connexitatis. Ein Gerichtsstand des Zusammenhangs ist außerdem vorgesehen für die Hauptintervention § 61; für die Widerspruchsklage des § 690; für das Verfahren gegen einen Rechtsanwalt, welcher eine vorgelegte Urkunde zurückhält § 126, und gegen den ungehorsamen Zeugen § 355; für die Wiederaufnahme des Verfahrens § 547; für die Präjudizial-Inzidentklage § 253.

2. Der Gerichtsstand des § 34 ist für die Klagen der Prozeßbevollmächtigten (§ 72 ff., gleichviel ob Anwälte oder nicht), der Beistände (§ 86), der Zustellungsbevollmächtigten (§ 160 f.) und Gerichtsvollzieher gegen die Parteien, in deren Auftrag sie gehandelt haben, nicht für Klagen der Parteien gegen diese Personen, aufgestellt. Gegen den Gegner seines Mandanten hat nur der im Armenrechte zugeteilte Anwalt und Gerichtsvollzieher einen Anspruch (vgl. § 115); für diesen Anspruch ist der Gerichtsstand des § 34 nicht gegeben.

Kostenfestsetzung durch das Prozeßgericht ohne Klage können die genannten Personen ihrem Mandanten gegenüber nicht bewirken.

3. Der Gerichtsstand des § 34 ist für die bezeichneten Klagen bei dem Gerichte des Hauptprozesses, d. i. bei dem Gerichte begründet, vor welchem der Hauptprozeß in erster Instanz anhängig war. Ob die Gebühren in erster oder höherer Instanz erwachsen sind, macht keinen Unterschied für den Gerichtsstand. Daher ist für Klagen wegen der im Wiederaufnahmeverfahren erwachsenen Gebühren ꝛc. das Gericht erster Instanz zuständig, auch wenn die Wiederaufnahmeklage zum Berufungsgericht gestellt wurde [Ztschr. f. d. CPr. VI S. 142].

4. § 34 betrifft nicht bloß den Gerichtsstand, sondern enthält für die bezeichneten Klagen, wenn sie in dem Gerichtsstand des Hauptprozesses angebracht werden, auch eine Norm über sachliche Zuständigkeit. Das Gericht des Hauptprozesses ist nämlich ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitgegenstandes für zuständig erklärt. Daher können Ansprüche über 300 ℳ vor dem Amtsgericht, wenn dieses das Gericht des Hauptprozesses ist, Ansprüche von 300 ℳ und weniger vor dem Landgericht eingebracht werden. [So auch Wach 1 S. 490]. — Die

in § 34 bezeichneten Ansprüche können auch vor der Kammer für Handelssachen eingeklagt werden, soweit sie in einem vor der Kammer für Handelssachen geführten Prozesse entstanden sind. Dies folgt aus der allgemeinen Fassung des § 34, sowie aus der Erwägung, daß der Gerichtsstand des § 34 zu dem Zwecke eingeführt ist, um durch die Zulassung der Klage bei dem Gericht, vor welchem der Prozeß sich abwickelte, die besondere Feststellung der Gebühren &c. durch das Prozeßgericht zu ersparen. Daß die „Handelsgerichte" des Entwurfs für die in § 34 bezeichneten Klagen zuständig sein sollten, ist in den Motiven direkt gesagt. Daraus ist eine Stütze für die vorgetragene Ansicht zu entnehmen.

§ 35.

Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl.

KPr. S. 12, 508.

1. Es können mehrere allgemeine Gerichtsstände (wenn der Beklagte mehrere Wohnsitze hat), es können mehrere besondere Gerichtsstände, es können allgemeiner und besonderer Gerichtsstand mit einander wahlweise konkurrieren. Wegen des Falls, wo mehrere allgemeine Gerichtsstände mehrerer Streitgenossen konkurrieren, s. § 36 Nr. 3; wegen des Falls, wo mehrere fora rei sitae konkurrieren, s. § 36 Nr. 4.

2. Die Erhebung der Klage bei einem von mehreren zuständigen Gerichten hebt die Zuständigkeit der anderen Gerichte an sich nicht auf, begründet aber die Einrede der Rechtshängigkeit gegen die bei dem anderen Gerichte erhobene Klage. § 235 Nr. 1. Sonach entscheidet unter mehreren zuständigen Gerichten die Priorität der Klagerhebung.

§ 36.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht:

1) wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;

2) wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;

3) wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;

4) wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;

5) wenn in einem Rechtsstreite verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;

6) wenn verschiedene Gerichte, von welchen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

Mot. S. 64, 65. KPr. S. 12, 508.

1. Das zuständige Gericht wird bestimmt:

a) im Falle des § 36 Nr. 1 von dem in Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte,

b) in den übrigen Fällen des § 36 von demjenigen im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte, zu dessen Bezirke die verschiedenen Gerichte gehören. Hieraus folgt: gehören

die Gerichte den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte an, so erfolgt die Bestimmung durch das Reichsgericht. Eine Ausnahme enthält das EG. z. CPrO. § 9. Sind in einem Bundesstaate mehrere Oberlandesgerichte errichtet und ist in diesem Bundesstaate auf Grund der Bestimmung des EG. z. GVG. § 8 für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein oberstes Landesgericht eingesetzt, so bestimmt das letztere das zuständige Gericht, wenn die betreffenden Gerichte innerhalb der Bezirke verschiedener dem Bundesstaate angehöriger Oberlandesgerichte ihren Satz haben. Dagegen tritt die Regel, also die Kompetenz des Reichsgerichts, wieder ein, falls es sich um die Zuständigkeit der Gerichte verschiedener Bundesstaaten handelt, weil in diesem Falle das Reichsgericht für alle in Betracht kommenden Gerichte die gemeinsame Spitze bildet.

Das Gesetz giebt keine Anweisung, nach welchen Grundsätzen das höhere Gericht das zuständige Gericht bestimmen soll. Doch kann im Falle der Nr. 1 nur ein anderes Gericht derselben Art (nicht ein höheres oder niederes, weil dadurch das Rechtsmittelsystem verschoben würde) in Frage kommen. In den Fällen der Nr. 2—4 ist eines der mehreren in Frage kommenden Untergerichte, in den Fällen der Nr. 5 und 6 das nach Ansicht des Oberlandesgerichts zuständige Gericht zu wählen.

In höherer Instanz kann nur Veranlassung zur Anwendung des § 36 Nr. 1 sich ergeben.

2. Zu Nr. 1: „Das an sich zuständige Gericht" das ist dasjenige Gericht, welches mit dem betreffenden civilprozessualischen Verfahren nach den Regeln über sachliche und örtliche Zuständigkeit befaßt werden kann; bei Konkurrenz mehrerer solcher Gerichte, also dasjenige, welches der Kläger oder Gesuchsteller wählt. Der Kläger ɔc. ist nicht genötigt, bei Konkurrenz mehrerer Gerichte sich an das nicht verhinderte Gericht zu wenden; er kann auch ein Gesuch nach § 36 stellen. — Rechtliche Verhinderung kann beruhen auf Ausschließung der Richter vom Richteramt (§ 41) oder auf erfolgreicher Ablehnung wegen Befangenheit (§ 42). Thatsächliche Verhinderung z. B. auf Kriegesereignissen (§ 222). Das Gericht muß verhindert sein. Ein Amtsgericht ist verhindert, wenn alle Amtsrichter samt den von der Justizverwaltung bestellten Stellvertretern verhindert sind. Ein Kollegialgericht, wenn von den daselbst angestellten Richtern und deren Stellvertretern soviele verhindert sind, daß nicht die zur Besetzung einer Kammer oder eines Senats erforderliche Anzahl übrig bleibt. (Vgl. GVG. § 66.)

3. Zu Nr. 2 (Mot. S. 64, 65):

„Die Nr. 2 des § 36 ist nicht auf den Fall beschränkt, daß in Folge eines Streites über die örtlichen Grenzen verschiedener Gerichte ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei, sondern läßt den § 36 allgemein eintreten, sobald die Zuständigkeit des Gerichts mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichte zweifelhaft ist. Es fallen mithin unter die Nr. 2 alle Fälle, in denen das Gericht mit Rücksicht auf Umstände, die zu den Grenzen in Beziehung stehen, zweifelhaft wird, z. B. wenn die Grenze das Wohnhaus eines im Gerichtsstande des Wohnsitzes zu belangenden Beklagten durchschneidet, wenn die Verwaltung einer Gemeinde (§ 19) sowohl vom Gemeindehause aus, als der Wohnung des Bürgermeisters geführt wird und beide Grundstücke in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen. Durch die Fassung der Nr. 2 wird auch der Fall gedeckt, wenn eine unerlaubte Handlung (§ 32) sich aus mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken begangenen Handlungen zusammensetzt."

[Den Motiven tritt Wach I § 43 S. 492 ff. mit der Behauptung entgegen, daß die daselbst angeführten Beispiele nicht unter § 36 Nr. 2 fallen, weil es sich dabei nicht um Ungewißheit mit Rücksicht auf die Grenzen der Gerichtsbezirke handele.]

Vgl. noch § 756 Abs. 1, ferner Bem. Nr. 3 zu § 19.

4. Im Falle der Nr. 3 kann das höhere Gericht nur dann angegangen werden, wenn ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand für den Rechtsstreit nicht begründet ist. Kann z. B. die Klage gegen mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnhafte Erben an dem Gerichtsstande des Nachlasses erhoben werden, so bedarf es keiner Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht. Hieraus ergiebt sich, daß ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand, ohne an und für sich ein ausschließlicher zu sein, in dem Falle des § 36 Nr. 3 die Benutzung des allgemeinen Gerichtsstandes ausschließen kann. — Ausnahme von § 36 Nr. 3 für Wechselklagen s. § 566 Abs. 2. — Wird der Hauptschuldner und Bürge in derselben Klage belangt, so ist § 36 Nr. 3 anwendbar [RG. 12. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 107 S. 367].

5. Nr. 4 findet Anwendung sowohl, wenn eine einzelne unbewegliche Sache in mehreren Gerichtsbezirken liegt, wie wenn ein Komplex unbeweglicher Sachen, auf welchen sich die Klage bezieht, sich durch mehrere Gerichtsbezirke erstreckt.

6. In Nr. 5 ist die Behandlung der affirmativen, in Nr. 6 die der negativen Kompetenzkonflikte geregelt. Ein affirmativer Kompetenzkonflikt liegt vor, wenn mehrere Gerichte in derselben Sache rechtskräftig sich für zuständig, ein negativer, wenn mehrere Gerichte, von welchen eines zuständig sein muß, rechtskräftig sich für unzuständig erklärt haben. Ob die mehreren Gerichte gleicher Ordnung oder unter- und übergeordnetes Gericht sind, bleibt sich gleich. Auch zwischen dem unter- und übergeordneten Gericht kann ein Kompetenzkonflikt entstehen, Gemeinsame Voraussetzungen des affirmativen wie des negativen Kompetenzkonflikts sind sonach: a) Widersprechende Urteile mehrerer Gerichte über ihre Zuständigkeit oder Unzuständigkeit. Die bloße Rechtshängigkeit derselben Sache bei mehreren Gerichten begründet noch keinen Kompetenzkonflikt. Die Entscheidung, welche die Unzuständigkeit ausspricht, muß ein Endurteil sein. Die Entscheidung, welche die Zuständigkeit ausspricht, kann nur ein Zwischenurteil (§ 248) sein; denn sowie in der Sache selbst rechtskräftig entschieden ist, kann darauf Einrede der abgeurteilten Sache gestützt werden und entfällt daher das Bedürfnis eines Gerichtsstandes [vgl. Wach I S. 497, Planck I S. 85]. b) Formelle Rechtskraft dieser Urteile (§ 645). Solange nicht die Rechtskraft aller Urteile eingetreten ist, besteht die Möglichkeit, den Widerspruch derselben durch Einspruch oder Rechtsmittel zu beseitigen. c) Identität des Rechtsstreites. Darüber s. § 293 Bem. Nr. 5. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das betreffende Rechtsverhältnis durch Klage, Widerklage oder Inzidentklage Gegenstand des Rechtsstreits geworden ist.

Ein affirmativer Kompetenzkonflikt ist nicht vorhanden, wenn mehrere Gerichte sich für zuständig erklärten, ohne daß der Beklagte die Einrede der Rechtshängigkeit vorgebracht hat.

Haben mehrere Gerichte sich für unzuständig erklärt, so ist damit noch nicht entschieden, daß eines derselben zuständig sein muß, es kann immer noch ein anderes Gericht zuständig sein. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts fällt dem nächsthöheren Gericht nur unter der Voraussetzung zu, daß eines der Gerichte, welche sich für unzuständig erklärt haben, zuständig sein muß.

Die in § 36 Nr. 5 und 6 enthaltenen Bestimmungen über Kompetenzkonflikte gelten nur für Konflikte zwischen inländischen Gerichten. Auf Konflikte zwischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden sowie zwischen in- und ausländischen Gerichten finden dieselben nicht Anwendung. Vgl. EG. § 15 Nr. 1.

§ 37.

Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher das zuständige Gericht bestimmt, findet nicht statt.

Mot. S. 64, 65. KPr. S. 12, 13, 508.

1. Das Gesuch [über den Begriff „Gesuch" s. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 228 ff.] um Bestimmung des zuständigen Gerichts ist an das „höhere Gericht" (s. Bem. Nr. 1 zu § 36) zu richten. Für das Gesuch ist eine Form nicht vorgeschrieben. Daher ist jede der prozessualisch möglichen Formen — Schriftsatz, protokollarische Erklärung vor dem Gerichtsschreiber — zugelassen. Daß hier nicht wie an anderen Stellen des Gesetzes (z. B. §§ 44, 98, 109, 225, 351, 371, 448, 532, 800, 814) die Möglichkeit der Abgabe der Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers ausdrücklich vorgesehen ist, kann nicht gegen die Zulässigkeit dieser Form entscheiden. Anwaltszwang besteht für das Gesuch nicht, weil das Gesuch nicht an das Prozeßgericht geht (arg. § 74). [Vgl. Bl. f. RA. XLV S. 97 f. und 228 f. AM. Planck I § 22 Nr. 30 S. 87.]

Entscheidung ohne Gesuch ist im Falle des § 45 Abs. 2 möglich.

Das Gesuch kann in allen Fällen seitens des Klägers, in den Fällen des § 36 Nr. 1 und 5 auch seitens des Beklagten gestellt werden.

2. Wegen des Verfahrens, insbesondere auch wegen Zustellung der Entscheidung sieh § 119 Bem. Nr. 6 und § 294 Bem. Nr. 3. Die Anhörung des Gegners oder eines der Gegner unterliegt dem Ermessen des Gerichts (Nordd. Pr. S. 69).

3. Gegen Zurückweisung des Gesuchs findet Beschwerde statt (§ 530); der dem Gesuche stattgebende Beschluß ist auch nicht wegen Rechtsirrtums mit Revision gegen das darauf basierende Urteil anfechtbar [RG. 15. Nov. 1884 SA. XL S. 240].

4. Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 3); der Anwalt bekommt Gebühren (GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

Dritter Titel.

Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38.

Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig.

Mot. S. 65—68. KPr. S. 13, 20, 21, 508, 509.

Litteratur. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 481 ff., XXXI S. 276 ff., 481 ff., Wach I § 43 Z. III, Planck I § 21.

1. Die ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erklärte Vereinbarung zweier Personen, daß ein unter ihnen bevorstehender oder bereits anhängiger Rechtsstreit vor einem nach den gesetzlichen Regeln sachlich oder örtlich nicht zuständigen Gericht erster Instanz verhandelt und entschieden werden solle (Prorogationsvertrag), ist innerhalb der durch § 40 gezogenen Schranken zulässig und wirksam. Es bedarf zur Gültigkeit eines solchen Vertrags keiner formalen Willenserklärung und keiner Zustimmung des Gerichts. Forderte das bürgerliche Recht eine Form oder die Zustimmung des Gerichts, so sind die betreffenden Vorschriften durch die CPrO. beseitigt.

Weil keine Formalität gefordert wird, so kann eine solche Vereinbarung auch in den vorbereitenden Schriftsätzen getroffen werden, sobald nur der beiderseitige Vertragswille darin zum Ausdruck gelangt [Wach Arch. f. civ. Pr. LXII S. 391). Aber darin, daß der Beklagte in den vorbereitenden Schriftsätzen die Zuständigkeit nicht bestreitet oder den auf die Kompetenz bezüglichen Behauptungen des Klägers mit Stillschweigen oder Zugeständnis be-

gegnet, kann der Wille, eine Vereinbarung über die Zuständigkeit zu treffen, nicht gefunden werden.

Lautet der Prorogationsvertrag auf eine Kammer für Handelssachen, so folgt aus GVG. § 103 Abs. 2, daß die Kammer für Handelssachen trotz solcher Vereinbarung den Rechtsstreit an die Civilkammer verweisen kann, solange nicht eine Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und auf dieselbe ein Beschluß verkündet ist. Die Verweisung kann aber nicht aus dem Grunde erfolgen, daß der Beklagte nicht Kaufmann ist. Umgekehrt kann die Civilkammer, wenn nach ihrer Ansicht keine Handelssache vorliegt, trotz Vereinbarung auf die Kammer für Handelssachen die Sache erledigen.

Auch auf ausländische Gerichte kann ein gültiger Prorogationsvertrag geschlossen werden. Ob dazu die Zustimmung des ausländischen Gerichts erforderlich ist, bemißt sich nach ausländischem Recht. [Planck I § 21 N. 25 will dem Urteile des zufolge Prorogationsvertrags zuständig gewordenen ausländischen Gerichts die Vollstreckbarkeit wegen § 661 Nr. 3 versagen. M. E. ohne genügenden Grund].

Ein Prorogationsvertrag auf ein besonderes Gericht (GVG. § 14) ist nach der CPrO. nicht zulässig. Ob in solchen Sachen, welche vor die besonderen Gerichte gehören, Prorogation an ein ordentliches Gericht zulässig ist, bestimmt die Landesgesetzgebung [Gaupp I S. 123].

2. Der Prorogationsvertrag kann in dem Sinne geschlossen werden, daß durch denselben alle andern Gerichte ausgeschlossen sein sollen [vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 482, Wach I § 43 bei N. 36. AM. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 293 N. 54, Hellmann Lehrb. S. 127], oder in dem Sinne, daß neben den nach den Gesetze zuständigen Gerichten noch ein anderes zuständig werden soll. Regelmäßig wird der Vertrag im ersteren Sinne gemeint sein; aber eine gesetzliche Präsumtion dafür besteht nicht. [Vgl. Westerburg Beitr. z. Erl. d. D. R. XXI S. 591, Kohler a. a. O. S. 484. AM. Gaupp I S. 125 und OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. XI S. 314]. Ein Prorogationsvertrag im ersteren Sinn bewirkt, daß jeder der Kontrahenten dem Versuche des Gegners, die im Vertrage betroffene Streitsache bei einem anderen Gericht als dem vereinbarten anhängig zu machen, mit der Einrede der Unzuständigkeit (§ 247 Nr. 1) entgegentreten kann. Die Einrede ist verzichtbar. Dieselbe geht durch die vorbehaltslos bei einem anderen Gericht erfolgte Einlassung des Beklagten zur Hauptsache verloren (§ 39). Die auf einen Prorogationsvertrag gestützte Einrede der Unzuständigkeit steht jedem der Kontrahenten auch gegenüber der Erhebung einer Inzidentklage oder -widerklage (§ 253) zu. Wird der Inzidentklage oder -widerklage die auf ein pactum de foro prorogando gestützte Unzuständigkeitseinrede entgegengestellt, so ist die Klage oder Widerklage abzuweisen; das Gericht kann über den Präjudizialpunkt in den Gründen entscheiden, aber ohne daß die Entscheidung darüber rechtskräftig wird.

3. Der Abschluß des Prorogationsvertrags muß, wenn bestritten, von dem Behauptenden bewiesen werden. Hat der Kläger in der Klage einen solchen Vertrag behauptet und der Beklagte erscheint nicht zur mündlichen Verhandlung, so gilt die Behauptung des Klägers nach § 296 als zugestanden (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 296).

4. Von dem pactum de foro prorogando prinzipiell verschieden ist die nach § 39 eintretende prozessualische Prorogation. Doch gelten auch für diese prozessualische Prorogation, welche nach der Sprechweise des Gesetzes als „stillschweigende Vereinbarung" über die Zuständigkeit bezeichnet ist, die aus § 38 resultierenden Regeln, daß sowohl örtliche wie sachliche Zuständigkeit, daß nur die Zuständigkeit eines Gerichtes erster Instanz durch dieselbe begründet werden kann und daß das Gericht kein Recht des Widerspruchs hat.

5. Sowohl die durch Prorogationsvertrag wie durch prozessualische Prorogation begrün-

bete Zuständigkeit ist für den Nebenintervenienten und Litisdenunciaten maßgebend. Die von einem Streitgenossen ausgehende Prorogation bindet die andern nicht, soweit nicht nach dem materiellen Recht ein Streitgenosse durch Verträge des anderen gebunden ist.

§ 39.

Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

Mot. S. 65—68. KPr. S. 17, 20, 21, 508, 509.

1. Litteratur: Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 41 ff., LXIV S. 32 N. 20; Wach Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VI S. 515 ff. und 593 ff., VII S. 131, Arch. f. c. Pr. LXII S. 373 ff. (vorher als Programm unter dem Titel „Das Prinzip des gewillkührten Gerichtsstands" erschienen), Beitr. z. Erl. d. DR. XXIV S. 703 ff.; Fitting Arch. f. c. Pr. LXIII S. 222 ff., Lehrbuch § 16, Ztschr. f. d. CPr. VI S. 253 ff.; Petersen Ztschr. f. d. CPr. III S. 245 ff.; Kohler Kr. VJSchr. XXII 391 ff.; Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 178 N. 238; Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 258; Birkmeyer, das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff. und 247 der RCPrO. (Rostock 1881), Ztschr. f. d. CPr. V S. 124 ff., Arch. f. c. Pr. LXVI S. 22 ff., Zeitschr. f. d. CPr. VII S. 473 ff.; v. Amsberg Arch. f. c. Pr. LXV S. 59 ff.; Leonhard Giebt es noch Fiktionen rc. und Ztschr. f. d. CPr. IV S. 403 ff.; Renaud Ztschr. f. d. CPr. V S. 7 ff.; Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 463 ff.; v. Canstein Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VIII S. 397; Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 268 ff.; Bolgiano Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XII S. 594 ff., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 339; Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 212 ff.; ferner Struckm. Koch N. vor § 38 und zu § 39; Gaupp II S. 127, 128; Wilm. Levy Nr. 1 zu § 39; Petersen S. 66; A. Förster § 39 N. 2; Wach I S. 500 ff. (gegen W. wieder Birkmeyer Meckl. Ztschr. VI S. 205 ff.); Planck I § 21 u. 23 N. 25; Hellmann Lehrb. S. 126, 631 f.; Entsch. d. RG. I S. 438, II S. 408, dazu Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 70 ff.

2. Nach § 39 wird innerhalb der durch § 40 Abs. 2 gezogenen Schranken der Mangel der sachlichen Zuständigkeit wie des Gerichtsstands bei dem mit der Klage angegangenen Gericht erster Instanz dadurch gehoben, daß der Beklagte, ohne den Mangel zu rügen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat. Das vom Kläger angegangene unzuständige Gericht erlangt die Zuständigkeit zufolge einer prozessualischen Präklusion. Der Beklagte wird, wenn er bis zu einem bestimmten Stadium der Prozeßentwickelung die Unzuständigkeit nicht gerügt hat, mit der Befugnis, diese Unzuständigkeit zu rügen, ausgeschlossen. Der Zeitpunkt, mit welchem die Präklusion eintritt, ist mündliches Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache (Einlassung). Über den Begriff „Verhandeln" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298; bloße Antragstellung ist noch nicht Verhandeln. Verhandeln „zur Hauptsache" ist Vorbringen auf die materialia causae bezüglicher Erklärung; den Gegensatz bildet das Vorbringen irgend welcher prozessualischer Gesuche und Verteidigungsmittel, z. B. Ablehnungsgesuch, Rüge des Mangels der Vollmacht, Beanstandung der Ordnungsmäßigkeit der Klagerhebung oder der Zulässigkeit der Prozeßart, Widerspruch gegen Klagänderungsversuch, Vorbringen sog. prozeßhindernder Einreden (§ 247). Auch der von dem Beklagten gestellte Antrag, gegen den nicht erschienenen Kläger Versäumnisurteil nach § 295 zu erlassen, ist nicht als ein die Prorogation bewirkendes Verhandeln zur Hauptsache zu betrachten. Dies ist bedeutsam für den Fall, daß der Kläger gegen das Versäumnisurteil Einspruch erhebt. Dann ist der Beklagte nicht mit der Unzuständigkeitseinrede präkludiert, sondern kann dieselbe in der Einspruchsverhandlung immer noch vorbringen. [Vgl. Troll Versäumnisurteil (München 1887) S. 68. AM. Schneider Arch. f. c. Pr. LXIV S. 420 ff. und die früheren Aufl. dieses Kommentars.]

Das Gesetz und die Motive zu den Gesetzentwürfen sprechen von „stillschweigender Vereinbarung" (sc. über die sachliche Zuständigkeit bzw. den Gerichtsstand), welche anzunehmen sei, „wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat." Diese Ausdrucksweise operiert mit einer Fiktion. Anstatt zu sagen, „gleiche Wirkung wie bei Vereinbarung", d. i. Zuständigkeit eines an und für sich nicht zuständigen Gerichts, „tritt ein, wenn der Beklagte ꝛc.", bedient sich das Gesetz der abkürzenden Fiktion einer „stillschweigenden Vereinbarung", woraus sich dann die Möglichkeit ergiebt, in dem für §§ 38 und 39 gleichmäßig geltenden § 40 nur von „Vereinbarung" zu sprechen. Daß aber in der That eine Fiktion und nicht eine präsumierte Vereinbarung der Parteien vorliegt, folgt daraus, daß auf das Vorhandensein eines auf Begründung der Zuständigkeit abzielenden Parteiwillens absolut nichts ankommt. Vielmehr tritt die Zuständigkeit durch einen prozessualischen Thatbestand ein, kraft Gesetzes unabhängig vom Parteiwillen. Der Richter kann nie das Fehlen des Prorogationswillens auf Seite des Klägers oder des Beklagten, auch wenn ihm dieses Fehlen zugestanden oder sonnenklar bewiesen würde, berücksichtigen. Der Beklagte kann nicht mit der Behauptung gehört werden, daß er die Unzuständigkeit des Gerichts nicht gekannt und aus diesem oder einem andern Grund den Prorogationswillen nicht gehabt habe. In Wirklichkeit stellt also das Gesetz neben der Vereinbarung noch einen weiteren Thatbestand als kompetenzbegründend auf. Die Motive, welche zur Aufstellung dieses ferneren die Kompetenz begründeten Thatbestandes führen, sind einerseits der Mangel eines staatlichen Interesses, außerhalb der durch § 40 Abs. 2 reservierten Fälle an den Regeln über sachliche Zuständigkeit und Gerichtsstand unter allen Umständen festzuhalten; andererseits das praktische Bedürfnis, die Erörterungen der Parteien über die Zuständigkeitsfrage möglichst zu beschränken. [Von den in Bem. Nr. 1 cit. Schriftstellern stehen Bülow, Kohler, Just, Planck und Wach in seinen vor dem Handbuch cit. Abhandlungen im wesentlichen auf dem hier vertretenen Standpunkt, wonach die gemäß § 39 eintretende Zuständigkeit eines an sich nicht zuständigen Gerichts Präklusionswirkung, Folge der Unterlassung der Rüge ist. Abweichende Ansichten: a) An der von den Verfassern der Motive zu den Entwürfen vertretenen Vereinbarungstheorie halten fest Petersen, v. Amsberg, Renaud, Francke, Struckm. Koch, Wilm. Levy, A. Förster und in gewissem Sinne jetzt auch Wach im Handb. a. a. O. Gegen diese Theorie s. insbesondere Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 41 ff. und Fitting Ztschr. f. d. CPr. VI S. 279 ff. b) Birkmeyer nimmt an, daß im Falle des § 39 das Gericht nicht die Zuständigkeit erlange, sondern bloß die Befugnis, trotz seiner Unzuständigkeit den Prozeß zu entscheiden (!). Dagegen insbesondere Fitting Ztschr. f. d. CPr. VI S. 274 ff., Just a. a. O. S. 289 ff. c) Fitting nimmt an, daß jedes ordentliche Gericht erster Instanz an und für sich für jede Klage zuständig sei, vorbehaltlich der Bestimmungen über ausschließlichen Gerichtsstand und eines dem Beklagten zustehenden beschränkten Ablehnungsrechts. Dagegen insbesondere Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 474 ff., Just a. a. O. S. 282 ff.].

3. Versäumt der Beklagte den Termin zur mündlichen Verhandlung, so kann die Kompetenzbegründung gemäß § 39 nicht vor sich gehen, weil die nach dem klaren Worte des Gesetzes zu dieser Kompetenzbegründung (nach der Ausdrucksweise des Gesetzes: zu der Annahme stillschweigender Vereinbarung) gehörige Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache fehlt. Folglich hat das Gericht bei Versäumnis seitens des Beklagten seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen und sich, wenn seine Zuständigkeit nicht anderwärts bereits begründet ist, für unzuständig zu erklären. [Diese Ansicht ist von Wach Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VI S. 593 ff. und Arch. f. c. Pr. LXII S. 373 ff. bekämpft worden; für W. haben sich erklärt Fitting, Schwalbach und Löning a. a. O. Alle anderen oben angeführten Schriftsteller

sind der W.schen Ansicht mit verschiedenen, teilweise ganz unrichtigen Gründen entgegen getreten. W. selbst hat im Handb. I S. 507 f. die frühere Ansicht zurückgenommen.]

In den Motiven wird gesagt: Der Entwurf bestimmt nicht, daß eine stillschweigende Vereinbarung auch dann anzunehmen sei, wenn der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint (§§ 296, 298), denn aus der Thatsache des Nichterscheinens ist eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern; der nicht erschienene Beklagte darf erwarten, daß das unzuständige Gericht die Unzuständigkeit von Amtswegen aussprechen werde. Er thut dies jedoch auf seine Gefahr; hat das Gericht, seiner Unzuständigkeit ungeachtet, gegen ihn in contumaciam erkannt, so muß er rechtzeitig den Einspruch (beziehungsweise die Berufung § 474) einlegen und die Aufhebung des Urteils wegen Mangels an Zuständigkeit beantragen, widrigenfalls das Urteil, obgleich von einem an sich unzuständigen Gerichte erlassen, in Rechtskraft übergeht."

[Daß die hier vertretene Ansicht nicht mit dem Präklusionsprinzip unvereinbar ist, haben Kohler a. a. O. und Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 31 N. 20 dargethan. Mit der hier vertretenen Auslegung: RG. 26. Mai 1880 Entsch. I Nr. 158 S. 438 und 12. Oktober 1880 Entsch. II Nr. 118 S. 409.]

Über die Frage, ob die zur Kompetenzbegründung vom Kläger behaupteten Thatsachen bei Ausbleiben des Beklagten als zugestanden gelten, s. Bem. Nr. 2 zu § 296.

4. Der Beklagte kann sich nicht, nachdem die Zuständigkeit zufolge § 39 eingetreten ist, auf einen vorhergehenden Vertrag berufen, durch welchen die Zuständigkeit eines anderen Gerichts vereinbart wurde. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 38. [Im Resultate ebenso Gaupp I S. 127. AM. Endemann I S. 292.]

5. § 39 findet auf die Klagerweiterung (§ 240 Nr. 2 und 3, § 253) und auf die Widerklage entsprechende Anwendung. Die prozessualische Prorogation tritt ein, wenn der Beklagte oder Widerbeklagte sich auf die erweiterte Klage oder Widerklage zur Hauptsache eingelassen hat, ohne den Mangel der Zuständigkeit für die erweiterte Klage oder die Widerklage zu rügen.

6. Wegen der Schranken der nach § 39 eintretenden prozessualischen Prorogation s. Bem. Nr. 4 zu § 38 und Bem. Nr. 2 zu § 40. Wegen der Prorogation an die Kammer für Handelssachen vgl. GVG. § 103 und 106. Die Kammer für Handelssachen kann eine Sache nicht von Amtswegen vor die Civilkammer verweisen aus dem Grunde, daß die Sache dem Werte nach nicht vor das Landgericht, sondern vor das Amtsgericht gehört. Vielmehr kann die Verweisung von Amtswegen nur aus dem Grunde erfolgen, daß eine Handelssache im Sinne des GVG. § 101 nicht vorliegt. — In Handelssachen ist Prorogation an die Civilkammer des Landgerichts und an das Amtsgericht zulässig.

7. Wegen des Verhältnisses von § 39 zu § 247 Abs. 2 s. Bem. Nr. 11 zu § 247. Wegen des Verhältnisses von § 39 zu § 465 Abs. 2 s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 465.

§ 40.

Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

Mot. S. 65—68. KPr. S. 13, 20, 21, 508, 509.

1. Die Beschränkung des Abs. 1 hat nur für den Prorogationsvertrag Bedeutung.

Prozessualische Prorogation (§ 39) kann sich ohnedies nur auf einen bestimmten Streit beziehen. — Ungültig wäre nach Abs. 1 z. B. die Vereinbarung zweier Geschäftsleute über die Zuständigkeit für alle zwischen ihnen aus Börsengeschäften entspringenden Rechtsstreitigkeiten. Gültig ist die Vereinbarung der Zuständigkeit für alle aus einem Versicherungsvertrag zwischen der Versicherungsgesellschaft und dem Versicherten entspringenden Streitigkeiten. Vgl. § 852.

2. Die Beschränkungen des Abs. 2 gelten sowohl für Prorogationsverträge wie für die in der Sprechweise des Gesetzes als stillschweigende Vereinbarung bezeichnete prozessualische Prorogation des § 39. Wegen des Begriffs „vermögensrechtliche Ansprüche" s. Bem. Nr. 2 zu § 21. Wegen der ausschließlichen Gerichtsstände s. Bem. Nr. 4 vor § 12.

Obwohl Abs. 2 die ausschließliche sachliche Zuständigkeit (s. Bem. Nr. 3 zu § 1) nicht als Hindernis der Prorogation erwähnt, so folgt doch aus dem Begriffe einer ausschließlichen Zuständigkeit die Unzulässigkeit der Verschiebung durch die Parteien (vgl. Mot. z. GVG. S. 93).

Vierter Titel.

Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

1. Die Erfordernisse der Befähigung zum Richteramt s. GVG. §§ 2—5, 10, 11, 109—115, 127. Beteiligung einer Person, welcher die Befähigung zum Richteramt fehlt, bei der Erlassung des Urteils ist Revisions- (§ 513 Nr. 1) und Nichtigkeitsgrund (§ 542 Nr. 1) [AM. Planck I S. 114]. Natürlich kann eine Partei, wenn sie meint, daß einer der als Richter auftretenden Personen die Richteramtsbefähigung fehle, während des Verfahrens ihre Bedenken vorbringen. Ablehnung im Sinne des § 42 ist dies nicht; das Verfahren nach § 44 ff. ist darauf nicht anwendbar. [AM. Struckm. Koch Bem. vor § 41, Wilm. Levy S. 71, Wach I § 27 N. 5].

2. Nach den Motiven:

„Das Gesetz unterscheidet zwischen Gründen, welche dem Richter die Befugnis entziehen, in einem Prozesse sein Amt auszuüben, und solchen Gründen, welche den Parteien das Recht geben, einen Richter zu rekusieren. Die Gründe der ersten Kategorie sind der Art, daß schon die Rücksicht auf das Ansehen der Justiz die Ausschließung des Richters erheischt; der Richter ist in diesen Fällen von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 41). Die Ausschließung erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob eine der Parteien den Richter abgelehnt hat oder nicht (§ 42), die Ablehnung wegen Ausschließung kraft Gesetzes ist daher an kein bestimmtes Stadium des Prozesses gebunden (arg. §§ 43, 44 Abs. 4), und ein Urteil, bei welchem ein kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat, unterliegt der Anfechtung durch Rechtsmittel (§ 513 Nr. 2) und durch die Nichtigkeitsklage (§ 542 Nr. 2). Völlig abweichend ist das Verhältnis der Gründe der letzteren Kategorie: sie geben den Parteien nur das Recht, den Richter „wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen" — ohne indessen dem Richter die Befugnis zu nehmen, von Amtswegen sein Ausscheiden veranlassen zu können §§ 42, 48); sie sind dem Verzichte der Parteien unterworfen, ihre Geltendmachung ist deshalb auf ein bestimmtes Stadium des Prozesses beschränkt (§§ 43, 44 Abs. 3), auch kann ihretwegen ein Urteil nur angefochten werden, wenn ein erkennender Richter rechtzeitig abgelehnt und dem Ablehnungsgesuche Folge gegeben war (§ 513 Nr. 3, 542 Nr. 3)."

§ 41.

Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen:

1) in Sachen, in welchen er selbst Partei ist, oder in Ansehung welcher er zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht;
2) in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3) in Sachen einer Person, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;
4) in Sachen, in welchen er als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;
5) in Sachen, in welchen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;
6) in Sachen, in welchen er in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt.

Mot. S. 70. 71. KPr. S. 13, 509.

1. Über den Begriff „Ausschließung" s. Bem. 2 vor § 41. Liegt ein Ausschließungsgrund vor, so ist es Pflicht des Richters, sich der richterlichen Thätigkeit zu enthalten. Der Partei steht es frei, ohne ein förmliches Ablehnungsgesuch anzubringen, auf das Vorhandensein eines Ausschließungsgrundes aufmerksam zu machen. Alle richteramtlichen Handlungen (Entscheidungen und andere Handlungen), welche ein kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter vorgenommen oder bei welchen ein solcher Richter mitgewirkt hat, sind gesetzwidrig und daher nichtig. Es ist einerlei, ob der Ausschließungsgrund dem Richter bekannt oder unbekannt, ob derselbe von der Partei geltend gemacht oder nicht geltend gemacht war. Die Nichtigkeit ist von Amtswegen zu beachten. Sie ist nicht heilbar; aber das Rechtsmittelsystem des Gesetzes kann zur Folge haben, daß die Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden kann und daß daher die nichtige Entscheidung oder die auf einem nichtigen Prozeduракte beruhende Entscheidung unanfechtbar wird. Auch ergiebt sich aus § 513 Nr. 2 und § 542 Nr. 2, daß ein Ausschließungsgrund, welcher durch rechtskräftige Entscheidung verworfen ist, nicht wiederholt geltend gemacht werden kann. Einzelnes: a) Die nichtige Handlung liegt in einem Verfahren, welches zu einer durch Berufung anfechtbaren Entscheidung führt. Beruht diese Entscheidung (direkt oder indirekt) auf der nichtigen Handlung — z. B. es hat eine Beweiserhebung vor einem ausgeschlossenen Richter stattgefunden, diese Beweiserhebung ist im Urteile verwertet — oder ist die Nichtigkeit durch Mitwirkung des ausgeschlossenen Richters bei der Entscheidung begangen, so kann die Nichtigkeit im Berufungsverfahren geltend gemacht werden. Das Berufungsgericht hat die Entscheidung und das betreffende Verfahren als nichtig zu behandeln und kann die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen (§ 501). b) Die nichtige Handlung liegt in einem Verfahren, welches zu einer durch Revision anfechtbaren Entscheidung führt. Beruht diese Entscheidung (direkt oder indirekt) auf der nichtigen Handlung (vgl. über das Erfordernis der Kausalität der Gesetzesverletzung die Bem. Nr. 2 zu § 511) oder ist die Nichtigkeit bei der durch Revision angefochtenen Entscheidung selbst begangen (dieser Fall ist in § 513 Nr. 2 erwähnt), so ist die Revision begründet und das angefochtene Urteil nebst dem sonstigen von der Nichtigkeit betroffenen Verfahren aufzu-

heben (§ 527). c) Die Entscheidung, bei welcher ein kraft des Gesetzes ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat, ist nach Eintritt der Rechtskraft mittels Nichtigkeitsklage anfechtbar (§ 542 Nr. 2). Wegen der im Verfahren vor der Entscheidung begangenen Nichtigkeit dieser Art giebt es keine Nichtigkeitsklage. d) Führt die nichtige Handlung zu einer mittels Beschwerde anfechtbaren Entscheidung oder leidet eine solche Entscheidung selbst wegen Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters an Nichtigkeit, so kann die Nichtigkeit durch Beschwerde geltend gemacht werden. [Für Nichtigkeit der Handlungen eines ausgeschlossenen Richters Wach I § 27 N. 7, Planck I § 30 S. 117, Hellmann S. 182. AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 zu Titel 4., Gaupp II S. 133, Petersen S. 70, sowie die früheren Aufl. dieses Komm.] Über die nach § 47 vorgenommenen Handlungen eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters vgl. die Bemerkungen zu § 47.

2. Zu Nr. 1—6: „In Sachen" ist gleichbedeutend mit „in Prozessen", wobei unter Prozeß jede Art des durch die CPrO. geregelten Verfahrens, also auch das Verfahren zur Sicherung des Beweises, das Entmündigungs-, Mahn-, Zwangsvollstreckungsverfahren einschließlich des Arrest und einstweilige Verfügung betreffenden Verfahrens, das Aufgebotsverfahren, sowie die den Gerichten zugewiesene Thätigkeit in Bezug auf ein schiedsrichterliches Verfahren zu verstehen ist.

3. Zu Nr. 1: Der Ausdruck „Partei" ist im weitesten Sinne zu nehmen. Derselbe umfaßt nicht bloß den Kläger und Beklagten, sondern auch den Nebenintervenienten (nicht den Litisdenunciaten), ferner den Gesuch- oder Antragsteller in dem durch Gesuche veranlaßten Verfahren. — Im Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten steht der Richter, wenn er an dem Ausgange des Verfahrens unmittelbar beteiligt ist, so daß die Entscheidung direkt in seine Rechtsverhältnisse eingreift. Solche Beteiligung ist z. B. vorhanden, wenn der Richter zu einer Partei im Verhältnis eines Gesamtschuldners oder Bürgen steht oder wenn der Richter Gesellschafter der unter ihrer Firma klagenden oder verklagten offenen Handelsgesellschaft ist. Kein Ausschließungsgrund ist bloß mittelbare Beteiligung, diese kann Ablehnungsgrund sein. Daher ist kein Ausschließungsgrund z. B. Beteiligung als Aktionär in Prozessen der Aktiengesellschaft, Mitgliedschaft eines Vereins in Prozessen des Vereins [RG. 28. April 1882 Entsch. VII Nr. 92 S. 312]. Ebensowenig ist der Umstand, daß der Richter der präsumtive Erbe oder der Gläubiger oder Schuldner der Partei ist, ein Ausschließungsgrund (KPr. S. 13, 21). — Im Verhältnis eines Regreßpflichtigen steht der Richter zu einer Partei, wenn er für den Fall eines für die Partei ungünstigen Prozeßausgangs ersatzpflichtig ist.

4. Nr. 2: Ausgeschlossen ist der Richter in Prozessen (vgl. Bem. Nr. 2), in welchen seine Ehefrau oder seine frühere Ehefrau Partei in dem in Bem. 3 erörterten Sinne ist. — Der Verlobte ist nicht ausgeschlossen.

5. Zu Nr. 3: Ausgeschlossen ist der Richter in Prozessen (vgl. Bem. Nr. 2), in welchen eine der in Nr. 3 genannten Personen Partei in dem in Bem. Nr. 3 erörterten Sinne ist. — Die Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft sind nach der sog. Civilkomputation zu zählen. Adoptivverwandtschaft steht der natürlichen gleich; uneheliche Verwandtschaft der ehelichen. — Der Richter, der zu den zwei Parteien eines Prozesses verwandt ist, ist darum nicht weniger ausgeschlossen.

6. Zu Nr. 4: Ausgeschlossen ist der Richter dadurch, daß er in dem betreffenden Prozesse (vgl. Bem. Nr. 2) als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei (im Sinne der Bem. Nr. 3) bestellt oder als gesetzlicher Vertreter (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 4 zu § 50) aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist. Daß der Richter in der betreffenden Rechtsangelegenheit, bevor dieselbe an das Gericht kam, zum Bevollmächtigten oder Beistand bestellt oder als gesetzlicher Vertreter aufzutreten berechtigt war, ist noch kein Ausschließungs-

grund [AM. Wach I § 27 N. 14 und Planck I S. 117. Aber warum soll „in Sachen“ in Nr. 4 einen anderen Sinn haben als in Nr. 1—3?]. Kein Ausschließungsgrund ist es, wenn der Richter bei dem Geschäfte, welches den Anlaß zum Streite giebt, als Vertreter einer Partei oder als Urkundsperson mitwirkte.

7. Zu Nr. 5: „In Sachen“ — vgl. Bem. Nr. 2. Die Vernehmung, nicht schon der Vorschlag schließt den Richter aus (vgl. KPr. S. 13, 16). Die Vernehmung zur Sicherung des Beweises ist auch für den erst später anhängig werdenden Prozeß Ausschließungsgrund, wenn die Beweiserhebung benützt wird [nicht schon vorher, wie Wach I S. 338 annimmt].

8. Zu Nr. 6: a) In dem Verfahren vor dem Berufungs-, Revisions-, Beschwerdegericht ist der Richter ausgeschlossen, welcher in demselben Prozesse (im Sinne der Bem. Nr. 2) bei Erlassung der angefochtenen Entscheidung eines untergeordneten (nicht bloß des nächst untergeordneten) Gerichts als Richter mitgewirkt hat. Die Ausnahme „sofern es sich nicht bloß um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt —“ ist wohl gegenstandslos; denn bei der Erlassung der Entscheidung der unteren Instanz wirkt ein beauftr. oder ers. R. als solcher nicht mit, und die Mitwirkung bei dem Verfahren ist kein Ausschließungsgrund. Nicht ausgeschlossen sind die Richter der Instanz in einem zweiten in derselben stattfindenden Verfahren (z. B. bei Zurückverweisung seitens des Berufungs- oder Revisionsgerichts). Über die Restitutions- und Nichtigkeitsklage kann von denselben Richtern, welche das angefochtene Urteil erlassen haben, verhandelt werden; denn dieses Verfahren bildet keine höhere Instanz. b) In dem Verfahren auf die Klagen hin, welche die Aufhebung eines Schiedsspruchs (§ 867) oder die Erlassung des Vollstreckungsurteils (§ 868) zum Gegenstande haben, ist der Richter ausgeschlossen, welcher bei Erlassung des Schiedsspruches mitgewirkt hat. Daß auch das durch die Klage aus § 868 veranlaßte Verfahren hierher gehört, folgt daraus, daß auch in diesem Verfahren Aufhebungsgründe zu berücksichtigen sind.

§ 42.

Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.

Mot. S. 70, 71. KPr. S. 13, 509.

1. Ist der Richter von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, so darf er richteramtliche Handlungen nicht vornehmen. Versucht er dies dennoch oder befürchtet die Partei, daß er es thun werde, so kann sie den Ausschließungsgrund in Form eines Ablehnungsgesuches geltend machen. Das eigentliche Gebiet des Ablehnungsgesuchs ist aber Geltendmachung der Besorgnis der Befangenheit des Richters. Die Gründe, welche geeignet sind, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen, lassen sich nicht spezialisieren. Es ist allen Umständen des Falls Rechnung zu tragen. Entscheidungen des RG.: a) Daß der Richter in einem anderen Prozesse an einer Entscheidung derselben Rechtsfrage teilgenommen hat, ist kein Ablehnungsgrund. 17. Nov. 1880 SA. XXXVI Nr. 39. b) Beteiligung des Richters an dem prozeßführenden Vereine mit Einlagen ꝛc. ist nach Umständen kein Ablehnungsgrund. 28. April 1882 Entsch. VII Nr. 92 S. 313.

2. Ablehnungsgesuche können von jeder Partei, nicht bloß von derjenigen, welche gefährdet erscheint, geltend gemacht werden. — Ablehnungsberechtigt ist auch der Nebenintervenient, solange nicht die Hauptpartei nach § 43 mit dem Ablehnungsgesuch präkludiert ist. [Struckm. Koch § 42 N. 2; v. Sarwey I S. 90; Petersen S. 75; Gaupp I S. 138. Planck I S. 119. AM. Hellmann Komm. I S. 175 in Verkennung der Stellung des NJ.] — In Zwischenstreite zwischen den Parteien und einem dritten (§§ 68, 97, 126, 352, 367) ist auch der dritte als Partei zur Ablehnung berechtigt.

3. Die richteramtlichen Handlungen, welche ein wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnter Richter vor Anbringung des Ablehnungsgesuchs vorgenommen hat, sind gültig; die nach Anbringung des erfolgreichen Ablehnungsgesuchs vorgenommenen Handlungen sind ebenso nichtig, wie die Handlungen eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters. Auch diese Nichtigkeit ist von Amtswegen zu beachten und nicht heilbar. Auf dieselbe finden die in Bem. Nr. 1 zu § 41 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. Wegen Revision vgl. noch § 513 Nr. 3, wegen Nichtigkeitsklage § 542 Nr. 3. [Ebenso Wach I § 36 bei N. 8, Planck I S. 180, vgl. a. Hellmann S. 185. AM. die in Bem. Nr. 1 g. E. zu § 41 an cit. Komm.] Über die nach § 47 vorgenommenen Handlungen eines abgelehnten Richters vgl. die Bemerkungen zu § 47. Ist das Ablehnungsgesuch ohne Erfolg, so sind natürlich die Handlungen des betreffenden Richters gültig.

§ 43.

Eine Partei kann einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat.

Mot. S. 68—71. KPr. S. 43, 109.

1. §§ 43 bezieht sich nicht auf die Ablehnung wegen Vorhandenseins eines Ausschließungsgrundes; vgl. Bem. Nr. 2 vor § 41.

2. Auf Ablehnung wegen „Besorgnis der Befangenheit“ kann verzichtet werden. Daher kann die Befugnis zu solcher präkludiert werden. Die Präklusion tritt ein:

a) In dem Verfahren mit obligatorischer mündlicher Verhandlung (s. § 119 und Bem. Nr. 5 dazu) dadurch, daß die in Termin zur mündlichen Verhandlung erschienene Partei oder ihr Vertreter in dem Termine sich in eine Verhandlung eingelassen, d. h. sich auf Anträge [über diesen Begriff s. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 229 ff.] des Gegners erklärt oder selbst Anträge gestellt hat, ohne die ihr bzw. ihrem Vertreter bekannten Thatsachen, welche die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen können, mittels Ablehnungsgesuches geltend zu machen. Die Präklusion geht nicht nur durch Einlassung in die Verhandlung und Antragstellung zur Hauptsache, sondern auch durch Einlassung in die Verhandlung über prozessualische Anträge (z. B. Editionsanträge) und durch die Stellung von Anträgen, welche sich nicht auf die Hauptsache beziehen, vor sich. Auch schon die Einlassung in die mündliche Verhandlung auf einen vom Gegner gestellten Vertagungsantrag sowie die Stellung eines Vertagungsantrags genügt zum Eintritt der Präklusion, weil darin die Unterwerfung unter die Entscheidung über den Antrag gelegen ist [so auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 140, Hellmann Komm. I S. 177, Fitting CPr. S. 20 N. 6, Sarwey § 43 N. 1, A. Förster § 42 N. 2, Wach I § 27 N. 35. AM. Petersen S. 77 und Ztschr. f. d. CPr. I S. 169 N. 3, Kleiner I S. 256, Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 229 ff., 255 f.].

b) In dem nicht unter dem Prinzip der Mündlichkeit stehenden Verfahren mit fakultativer mündlicher Verhandlung (s. Bem. Nr. 6 zu § 119) dadurch, daß die Partei oder ihr

Vertreter sich bei dem betreffenden Richter schriftlich oder mündlich über Anträge des Gegners erklärt oder selbst Anträge gestellt hat, ohne den ihnen bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen. Natürlich muß die Partei bzw. ihr Vertreter wissen, daß der Richter in dessen Person der Ablehnungsgrund besteht, in dem betreffenden Verfahren zu entscheiden hat. Bei ersten Anträgen an ein Kollegialgericht oder an ein mit mehreren Amtsrichtern besetztes Amtsgericht kann die Partei nicht wissen, welcher Richter mit der Sache befaßt sein wird [vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 255, Wach I § 27 N. 29].

§ 44.

Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gerichte, welchem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugnis des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.

Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern.

Wird ein Richter, bei welchem die Partei in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, so ist glaubhaft zu machen, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei.

Mot. S. 71. KPr. S. 13, 14, 510, 511.

1. Die §§ 44—46 regeln das Verfahren für Ablehnungsgesuche aus dem Grunde der Ausschließung oder wegen Befangenheit. § 44 Abs. 4 bezieht sich nur auf Ablehnung wegen Befangenheit. Das Verfahren beginnt mit einem Gesuche der Partei, welches auch in Anwaltsprozessen ohne Anwalt bei Gericht eingereicht oder vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann (§ 74 Abs. 2).

2. Zu Abs. 2: Auf diese Glaubhaftmachung finden die allgemeinen Vorschriften des § 266 mit der Abweichung Anwendung, daß der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung gänzlich ausgeschlossen ist, da eine Eidesleistung über das Mißtrauen in die Unparteilichkeit des Richters nicht gebilligt werden kann (Mot. S. 71).

Daß zur Glaubhaftmachung auf das Zeugnis des abgelehnten Richters Bezug genommen werden kann, steht im Zusammenhang mit Abs. 3. Es bedarf keines förmlichen, nach den Vorschriften des 2. Buchs 7. Titels erhobenen Zeugnisses des Richters; es genügt dessen ohne besondere Aufforderung abzugebende dienstliche Äußerung.

3. Zu Abs. 3: Der Richter hat sich nur über die thatsächlichen Unterlagen des Ablehnungsgrundes, nicht aber darüber zu äußern, ob die Thatsachen geeignet sind, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu begründen.

4. Zu Abs. 4: Die Partei muß glaubhaft machen (§ 266), daß der Ablehnungsgrund erst nach der Einlassung in die letzte Verhandlung bzw. nach der letzten Antragstellung (cf. Bem. Nr. 2 zu § 43) entstanden oder der Partei bekannt geworden ist. Bei dieser Glaubhaftmachung ist der Eid nicht, wie in Abs. 1, ausgeschlossen. Daher kann die Partei zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der von ihr vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen zugelassen werden (Norbd. Prot. VI S. 2328).

§ 45.

Über das Ablehnungsgesuch entscheidet das Gericht, welchem der Ab-

gelehnte angehört; wenn dasselbe durch Ausscheiden des abgelehnten Mitgliedes beschlußunfähig wird, das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht. Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Amtsrichter das Ablehnungsgesuch für begründet hält.

Mot. S. 71, 72. KPr. S. 13, 14, 510, 511.

1. Einer Entscheidung über das Ablehnungsgesuch bedarf es überhaupt nicht, wenn der abgelehnte Richter auf das Abl.Ges. hin im Wege der inneren Geschäftsordnung der Gerichte durch einen anderen ersetzt wird. Das Ablehnungsgesuch gilt auch in diesem Falle als durchgedrungen, was wegen der Ungültigkeit der Handlungen des Abgelehnten bedeutsam ist.

2. Zu Abs. 1: Dieser Abs. behandelt die Ablehnung eines Richters an einem Kollegialgericht; auch eines zum beauftragten Richter ernannten Mitgliedes. Über das Gesuch entscheidet das Gericht, das ist die Kammer, der Senat, welchem der Abgelehnte angehört, unter Hinzuziehung eines Stellvertreters für den Abgelehnten; denn dieser selbst kann natürlich nicht bei der Entscheidung mitwirken. Beschlußunfähig ist das Gericht nicht schon, wenn die betreffende Abteilung (Kammer, Senat) durch das Ausscheiden des Abgelehnten beschlußunfähig ist, sondern erst, wenn nicht im Wege der Geschäftsordnung (vgl. GVG. § 66) durch Stellvertreter Beschlußfähigkeit hergestellt werden kann [RG. 19. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 102 S. 413]. Für den Fall, daß das Reichsgericht (oder das bayer. ob. LG.) beschlußunfähig würde, ist nichts vorausgesehen.

3. Zu Abs. 2: Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so ist das Amtsgericht beschlußunfähig, auch wenn mehrere Amtsrichter da sind. Es bedarf — immer abgesehen von dem Falle der Bem. Nr. 1 — der Entscheidung des vorgesetzten Gerichts. Diesem hat der Amtsrichter das Gesuch nebst den Akten vorzulegen. Wenn der Amtsrichter das Gesuch für begründet erachtet und sich daher der richterlichen Thätigkeit enthält, so bedarf es keiner Entscheidung über das Ablehnungsgesuch. Ist kein Vertreter da, so wird ein Gesuch nach § 36 Nr. 1 nötig.

§ 46.

Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 71, 72. KPr. S. 13, 14, 510, 511.

1. Das Verfahren über das Ablehnungsgesuch gehört zu den Prozeduren, in denen mündliche Verhandlung fakultativ ist. Über diese Prozeduren vgl. Bem. Nr. 6 zu § 119.

2. Die Unanfechtbarkeit des dem Gesuche stattgebenden Beschlusses wird auch noch in der Berufungs- und Revisionsinstanz bedeutsam (§§ 473, 510). Gegen den das Gesuch abweisenden Beschluß steht nur dem Gesuchsteller sofortige Beschwerde (§ 540) zu, nicht dem Gegner; denn dieser hat keine Abweisung erfahren (vgl. § 530). Wegen weiterer Beschwerde vgl. § 531. Ist die Beschwerdefrist abgelaufen oder die Beschwerde rechtskräftig verworfen, so ist die Entscheidung für alle Instanzen bindend (vgl. §§ 473, 510, 513 Nr. 3, 543 Nr. 3).

3. Das Verfahren ist gebührenfrei, wenn nicht das Gesuch mutwillig ist (GKG. § 47 Nr. 4 und Abs. 2). Anwaltsgebühren s. GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 9. Wird das

Gesuch abgewiesen, so ist der Gesuchsteller kostenpflichtig. Andernfalls sind die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendige (§ 87) und fallen daher der schließlich in die Kosten der Instanz verurteilten Partei zur Last.

§ 47.

Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten.

Motive S. 72. KPr. S. 14, 511.

1. Über Nichtigkeit der Handlungen eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters s. Bem. Nr. 1 zu § 41; über Nichtigkeit der Handlungen eines wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnten Richters s. Bem. Nr. 3 zu § 42. Die dort entwickelten Sätze werden durch den § 47 nicht im mindesten eingeschränkt. Auch die unaufschieblichen Handlungen, welche der wegen Ausschließungsgrundes oder wegen Befangenheit abgelehnte Richter gemäß § 47 vorgenommen hat, sind nichtig, wenn das Ablehnungsgesuch durchdringt. Andererseits sind auch aufschiebliche Handlungen, welche entgegen dem § 47 vorgenommen sind, gültig, wenn das Ablehnungsgesuch nicht durchdringt. Der vielfach mißverstandene § 47 hat nur die Bedeutung einer Instruktion für den Richter, gegen welchen ein Ablehnungsgesuch angebracht ist. Diese Instruktion geht dahin, daß der Richter sich richteramtlicher Handlungen enthalten solle, einerlei ob er das Gesuch für begründet hält. Damit aber nicht durch frivole Ablehnungsgesuche die richterliche Thätigkeit zum Nachteile des Prozeßgegners lahm gelegt werden kann, ist das instruktionelle Gebot dahin modifiziert, daß der Richter durch das Ablehnungsgesuch als solches sich nicht abhalten lassen soll, unaufschiebliche Handlungen, d. h. solche, bei deren Aufschub dem Gegner Gefahr der Schädigung erwächst, vorzunehmen. Ob diese gültig sind oder nicht, wird dann durch die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch mitentschieden. Es erhellt daraus, daß die ganze Instruktion über das Verhalten des Richters nach Anbringung eines Ablehnungsgesuches sowohl auf Ablehnung wegen Ausschließung als auf Ablehnung wegen Befangenheit sich bezieht, daß also auch der wegen Ausschließung abgelehnte Richter durch das Ablehnungsgesuch als solches sich nicht abhalten lassen soll, unaufschiebliche Handlungen vorzunehmen. [Vgl. Planck I S. 121 f.]

2. Neben dem instruktionellen Gebote, daß der Richter, gegen welchen ein Ablehnungsgesuch angebracht ist, sich der richteramtlichen Thätigkeit mit Ausnahme unaufschieblicher Handlungen vorläufig enthalten soll, besteht das aus § 41 resultierende, an den ausgeschlossenen Richter gerichtete Verbot, richteramtliche Handlungen vorzunehmen. Wenn sich also ein Richter für ausgeschlossen erachtet, so darf er auch unaufschiebliche Handlungen nicht vornehmen.

§ 48.

Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnisse Anzeige macht, welches seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.

Die Entscheidung erfolgt ohne vorgängiges Gehör der Parteien.

Mot. S. 72, 73. KPr. S. 14, 511.

1. Ein Richter kann, ohne daß ein Ablehnungsgesuch angebracht ist, darüber Bedenken haben, ob nicht in einem gegebenen Falle ein Ausschließungsgrund oder ein Grund zur Ablehnung wegen Besorgens der Befangenheit vorliege. Es ist ihm gestattet, seine Bedenken

unter Darlegung der Verhältnisse dem zuständigen Gericht anzuzeigen und dessen Entscheidung einzuholen. Eine Verpflichtung, solche Zweifel zur Entscheidung des Gerichts zu bringen, ist im Gesetz nicht aufgestellt (KPr. S. 511). — Es kann sich aus sonstiger Veranlassung, namentlich auf Anregung eines anderen Richters, Zweifel über das Vorhandensein eines Ausschließungsgrundes ergeben. In diesem Fall ist ebenso zu verfahren. Eine Entscheidung über Befangenheit kann in dieser Weise nicht veranlaßt werden. Eine Entscheidung ist stets überflüssig, wenn von kurzer Hand im Wege der inneren Geschäftsordnung (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 45) ein Ersatzmann gestellt wird.

2. Die Entscheidung des zuständigen Gerichts (§ 45) erfolgt im Falle des § 48 ohne mündliche Verhandlung und ohne Gehör der Parteien, weil es sich um ein Internum des Gerichts handelt. Die Entscheidung ist den Parteien nicht zuzustellen, sondern dem Richter im Dienstwege zu eröffnen. Gegen die Entscheidung steht weder dem Richter noch einer Partei Beschwerde zu (arg. § 530). Natürlich können die Parteien nachträglich noch Ablehnungsgesuche stellen, soweit sie nicht nach § 43 präkludiert sind.

3. Zur Vornahme der keinen Aufschub gestattenden Handlungen ist der Richter auch im Falle des § 48 verpflichtet, wenn er sich nicht für ausgeschlossen erachtet (vgl. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 47).

§ 49.

Die Bestimmungen dieses Titels finden auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die Entscheidung erfolgt durch das Gericht, bei welchem der Gerichtsschreiber angestellt ist.

Mot. S. 73. KPr. S. 14, 511.

1. Die Ausschließungsgründe sind für den Gerichtsschreiber dieselben wie für den Richter. — Zu § 41 Nr. 6: Der Gerichtsschreiber ist ausgeschlossen, wenn er in einer früheren Instanz als Richter bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, was nicht leicht vorkommen wird.

2. Wer anstatt des ausgeschlossenen oder abgelehnten Gerichtsschreibers einzutreten hat, bestimmt sich nach den Vorschriften über Organisation der Gerichtsschreiberei. Vgl. § 154 des GVG.

3. Die Thätigkeit des Gerichtsschreibers in einem Verfahren, in welchem er kraft Gesetzes ausgeschlossen oder erfolgreich abgelehnt ist, hat dieselbe Folge, wie die Mitwirkung eines ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Richters bei Prozeßhandlungen, welche nicht Entscheidungen sind. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 41 und Bem. Nr. 3 zu § 42. Aber die Mitwirkung des ausgeschlossenen oder erfolgreich abgelehnten Gerichtsschreibers ist kein absoluter Revisionsgrund und kein Nichtigkeitsgrund.

4. Gegenüber den Beamten der Staatsanwaltschaft haben die Parteien kein Ablehnungsrecht. Wegen Ausschließung der Gerichtsvollzieher s. § 156. Ablehnung eines Gerichtsvollziehers wegen Besorgnis der Befangenheit giebt es nicht.

Zweiter Abschnitt.

Parteien.

Erster Titel.

Prozeßfähigkeit.

1. Prozeßfähigkeit ist zu unterscheiden von Parteifähigkeit. Letztere ist notwendige Voraussetzung der ersteren. Aber wo Parteifähigkeit ist, muß nicht Prozeßfähigkeit sein. Parteifähigkeit ist die Fähigkeit Subjekt eines Prozesses zu sein. Sie ist Anhängsel und Folge der Fähigkeit, in Privatrechtsverhältnissen Subjekt (Berechtigter, Verpflichteter) zu sein. Ist letztere Fähigkeit gegeben, so ist auch Parteifähigkeit vorhanden. Die Parteifähigkeit ist unabhängig von der Handlungsfähigkeit. Wem die Fähigkeit zukommt, Privatrechtssubjekt zu sein, bestimmt nicht das Prozeß- sondern das materielle Recht. Dieses ist also auch für Beurteilung der Parteifähigkeit maßgebend.

Parteifähig sind nach dem gegenwärtig in Deutschland geltenden Privatrecht alle Menschen (physischen Personen) und die sog. juristischen Personen. Wem juristische Persönlichkeit zukommt, ist wieder nach dem materiellen Recht zu bemessen und zwar nach dem Rechte des Orts, welcher als Sitz (Domizil) der betreffenden Personenvereinigung, Anstalt, Stiftung erscheint. [Vgl. Stobbe D. PrR. I § 30 S. 215.] Reichsgesetzlich anerkannt ist die privatrechtliche juristische Persönlichkeit des deutschen Reichs durch RG. v. 25. Mai 1873 über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände (RGBl. S. 113). [Über Reichsfiskus vgl. Laband d. StR. III § 107.] Reichgesetzlich ausdrücklich verliehen ist die juristische Persönlichkeit der Reichsbank durch Reichsbankgesetz v. 14. März 1875 § 12 (RGBl. S. 180).

Ferner ist reichsgesetzlich bestimmt:

a) daß die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft einschließlich der Kommanditgesellschaft auf Aktien unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann (HGB. Art. 111, 164);

b) daß die Aktiengesellschaft als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten hat, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann (HGB. Art. 213);

c) daß die eingetragene Genossenschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann (RG. v. 4. Juli 1868 betr., die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, RGBl. S. 415, § 19 Abs. 1.);

d) daß Innungen von Gewerbetreibenden unter ihrem Namen Rechte, insbesondere Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden können (Gew.Ordn. in neuer Fassung § 99, RGBl. 1883 S. 213). Innungsverbänden kann durch Beschluß des Bundesrats die gleiche Fähigkeit verliehen werden (Gew.Ordn. § 104 h, RG. v. 23. Apr. 1886, RGBl. S. 125);

e) daß eingeschriebene Hülfskassen unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden können (RG. über die eingeschriebenen Hülfskassen v. 7. Apr. 1876, RGBl. S. 125);

f) daß Orts-Krankenkassen, Betriebs- (Fabrik-) Krankenkassen, Bau-Krankenkassen, ferner

daß die nach den Reichsgesetzen über Versicherung gegen Unfälle gebildeten Berufsgenossenschaften unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden können (Unfallversicherungsgesetz v. 6. Juli 1884, RGBl. S. 69, § 6 Abs. 4; RG. v. 5. Mai 1886, betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, RGBl. S. 132, § 13 Abs. 4; RG. v. 11. Juli 1887, betr. die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen, RGBl. S. 287, § 12; RG. v. 13. Juli 1887, betr. die Unfallversicherung der Seeleute ꝛc., RGBl. S. 329, § 16 Abs. 3.)

Ob den ad a bis f aufgeführten Gesellschaften, Genossenschaften, Innungen, Kassen die Eigenschaft juristischer Personen (die Rechtssubjektivität) zukommt, ist eine hier nicht zu erörternde Frage. Kommt ihnen die juristische Persönlichkeit zu, so sind sie parteifähig, andernfalls nicht. Mit der reichsgesetzlichen Bestimmung, daß die bezeichneten Verbände unter ihrer Firma oder unter ihrem Namen klagen und verklagt werden können, ist denselben eine von der Rechtssubjektivität unabhängige Parteifähigkeit nicht verliehen. Denn eine Parteifähigkeit ohne Rechtssubjektivität ist ein Unding. Vielmehr ist durch jene Wendung zunächst nur bestimmt, daß bei prozeßrechtlichen Handlungen, insbesondere auch in Entscheidungen, die bezeichneten Verbände als Parteien genannt werden können. Ob hinter dieser Benennung die Gesellschaft, Genossenschaft als ein von den Gesellschaftern, Genossenschaftern verschiedenes Rechtssubjekt (Partei) steht, oder ob die Gesellschafter, Genossenschafter trotz der Kollektivbezeichnung Rechtssubjekt des Prozesses (Partei) sind, ist damit, daß die Kollektivbezeichnung als zulässig erklärt ist, nicht entschieden. Ebensowenig ist in der Civilprozeßordnung bestimmt, daß Personenverbände ꝛc., welche als solche klagen und verklagt werden können, dadurch eo ipso parteifähig seien. Indem die CPrO. in § 19 verordnet, daß der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, durch den Sitz derselben bestimmt werde, regelt sie erstens den allgemeinen Gerichtsstand der juristischen Personen, zweitens aber auch den allgemeinen Gerichtsstand von Personen- und Vermögensverbänden, denen etwa nach materiellem Recht juristische Persönlichkeit nicht zukommt, welche aber gleichwohl unter einer Kollektivbezeichnung verklagt werden können, ohne über die Parteifähigkeit derselben irgend etwas zu bestimmen. Ebenso neutral ist § 157 Abs. 2 CPrO. gehalten, in welchem von „Zustellungen, Behörden, Gemeinden und Korporationen, welche als solche klagen und verklagt werden können" die Rede ist.

[Über das Verhältnis von Rechtssubjektivität und Parteifähigkeit vgl. Wach Vortr. S. 58, Handb. I S. 521 ff., Planck I S. 210 ff., Bekker Pand. I § 63, Gierke Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung (1887) S. 733 ff.; ferner RG. Entsch. IV Nr. 34 S. 134, Nr. 45 S. 156, VII Nr. 53 S. 164 ff., VIII Nr. 31 S. 123, XII Nr. 58 S. 233, Nr. 118 S. 398 ff., XIII Nr. 82 S. 333, XV Nr. 55 S. 248 ff. Die genannten Schriftsteller stimmen mit der oben vorgetragenen Ansicht im wesentlichen überein. Wach bezeichnet die einer Personenmehrheit ohne eigene Rechtssubjektivität zukommende Fähigkeit unter eigenem Namen zu klagen und verklagt zu werden, als „formelle Parteifähigkeit" im Gegensatz zur „materiellen"; Planck spricht von „Erweiterung" der Parteifähigkeit für den Prozeß. Gegen Wachs Terminologie Gierke a. a. O. S. 733 N. 1, dieser allerdings vom Standpunkte seiner Genossenschaftstheorie.]

2. Jede Beanstandung der Parteifähigkeit ist zugleich Beanstandung der Prozeßfähigkeit, weil letztere ohne erstere nicht möglich ist. Daher fällt die Beanstandung der Parteifähigkeit unter § 247 Nr. 6, § 248. [AM. RG. 20. Mai 1884 Entsch. XIII Nr. 82 S. 331, 20. Juni 1884 XII Nr. 118 S. 398. Vgl. dagegen Wach I S. 519 f.]

§ 50.

Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) und die Notwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

Mot. S. 73—77. KPr. S. 23, 511, 512.

1. Litteratur: E. Barazetti z. L. v. d. Prozeßfähigkeit (1884), Fuchs Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 590 ff., 753 ff., Linckelmann Ztschr. f. d. CPr. IX S. 215 ff., Wach I S. 532 ff., Planck I § 44, Hellmann Lehrb. S. 246 ff., Bekker Pand. I § 63 Beil. II.

2. In den Motiven heißt es: „Unter Prozeßfähigkeit versteht das Gesetz die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, d. h. die Fähigkeit, einen Prozeß, an welchem die Partei beteiligt ist, selbst zu führen oder durch einen von ihr bestellten Prozeßbevollmächtigten führen zu lassen — legitima persona standi in iudicio." (Der letztere Ausdruck entstammt dem Kodextitel 3, 6.)

Die Ausdrucksweise des Gesetzes „Fähigkeit vor Gericht zu stehen" ist der römischen Terminologie nachgebildet. Sie ist im weiten Sinn zu verstehen. Sie umfaßt nicht bloß die Fähigkeit zu prozessualischen Handlungen vor Gericht, sondern zu prozessualischen Handlungen als Prozeßpartei (Haupt- oder Nebenpartei) überhaupt. Was eine prozeßunfähige Partei selbst oder was ein von ihr (nicht von ihrem Vertreter) Bevollmächtigter in ihrem Namen, ein Gerichtsvollzieher auf ihr Betreiben thut, ist nichtig. Ebenso sind aber auch Handlungen des Gegners, welche gegenüber einer prozeßunfähigen Partei vorgenommen wurden — z. B. Zustellungen an die nicht prozeßfähige Partei — nichtig. Näheres s. in den Bem. Nr. 2 zu § 54. Von der Prozeßfähigkeit zu unterscheiden ist die Befugnis über das konkrete Streitobjekt als Berechtigter oder Verpflichteter zu verfügen. Das ist die aktive — passive Sachlegitimation (legitimatio ad causam). Sie kann dem Prozeßfähigen fehlen. Die Prozeßfähigkeit ist nicht notwendige Folge von privatrechtlicher Handlungsfähigkeit. Es ist möglich, daß Prozeßfähigkeit und privatrechtliche Handlungsfähigkeit nicht parallel gehen. Aber in der Regel gehen sie parallel. Die CPrO. verweist in § 50 bezüglich der Prozeßfähigkeit auf das bürgerliche (= materielle) Recht. Sie bestimmt aber, im Interesse der Rechtseinheit eingreifend in das materielle Recht, daß die Prozeßfähigkeit bemessen werden soll nach der Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten (§ 51 Abs. 1). Ferner legt sie in § 51 Abs. 2 und 3 gewisse nach Landesrecht etwa bestehende Schranken der Prozeßfähigkeit nieder, soweit diese nicht schon durch Abs. 1 des § 51 beseitigt sein sollten. Indem das Gesetz die aus dem materiellen Recht zu bestimmende Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, als Maßstab für die Prozeßfähigkeit nimmt, beseitigt es sowohl Vorschriften des materiellen Rechts, welche jemanden, der sich durch Verträge verpflichten kann, die Prozeßfähigkeit versagen, als auch Vorschriften, welche jemanden, der sich durch Verträge nicht verpflichten kann, die Prozeßfähigkeit beilegen. [Vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 408. AM. Gaupp I § 51 Nr. 1.] Unter Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, ist nicht speziell die Fähigkeit, durch obligatorische Verträge Schuldner zu werden, sondern die Fähigkeit, durch zweiseitige Rechtsgeschäfte Pflichten zu übernehmen, zu verstehen. Deliktsfähigkeit und Testierfähigkeit sind für die Prozeßfähigkeit belanglos. Nur aus der Fähigkeit, sich selbständig — ohne Ermächtigung oder Genehmigung eines andern — rechtsgeschäftlich zu verpflichten, folgt die Prozeßfähigkeit. Wer nur mit Ermächtigung oder Genehmigung eines andern sich rechtsgeschäftlich verpflichten kann, ist nicht prozeßfähig. Eine von der Ermächtigung oder Genehmigung eines andern abhängige Prozeßfähigkeit kennt die CPrO. nicht;

solche wäre auch höchst unpraktisch. [Vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 414 und Lehrb. § 21 II, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 738, Fuchs a. a. O. S. 595 ff., 776 ff., Wach I § 47 N. 9. Unrichtig Volgiano Handb. S. 115.] Aus der allgemeinen (als Regel aufgestellten) Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, folgt die allgemeine Prozeßfähigkeit. Daß jemand, der im allgemeinen die Fähigkeit hat, sich durch Verträge zu verpflichten, ausnahmsweise unfähig ist zu gewissen Verträgen (z. B. der Haussohn zu Darlehensverträgen, die Frau zu Bürgschaften), schließt dessen Prozeßfähigkeit nicht aus, auch nicht für Prozesse über Verpflichtungen aus solchen Verträgen, durch welche er sich nicht verpflichten kann. Die aus der allgemeinen Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, resultierende Prozeßfähigkeit ist nicht auf Prozesse über Vertragsrechte und -pflichten beschränkt, sondern besteht für alle Prozesse, selbst für Prozesse über solche Rechtsverhältnisse, welche, wie Ehesachen, vertragsmäßiger Verfügung entzogen sind [AM. Linckelmann a. a. O. S. 220 ff.].

Neben der allgemeinen giebt es teilweise Prozeßfähigkeit. Indem nämlich das Gesetz (§ 51 Abs. 2) eine Person insoweit für prozeßfähig erklärt, als sie sich durch Verträge verpflichten kann, spricht es aus, daß bei ausnahmsweise eintretender rechtsgeschäftlicher Verpflichtungsfähigkeit einer im allgemeinen verpflichtungs- und daher prozeßunfähigen Person ausnahmsweise die entsprechend beschränkte Prozeßfähigkeit eintreten soll. Ein Beispiel bietet die Seemannsordnung v. 21. Dez. 1872 (RGBl. S. 409) in § 6, wo bestimmt ist, daß der Minderjährige, welcher mit väterlicher oder vormundschaftlicher Genehmigung Schiffsdienste übernommen hat, einem Großjährigen gleichgeachtet wird, insoweit es sich um den Abschluß von Heuerverträgen, die aus ihnen hervorgehenden Rechte und Pflichten und das gerichtliche Verfahren darüber handelt. Andere derartige Fälle ergiebt das Preuß. Gesetz v. 12. Juli 1875 (GS. S. 518) §§ 5, 6; sie betreffen die Verpflichtungs- und Prozeßfähigkeit Minderjähriger in Bezug auf selbständige, mit Genehmigung des Vaters oder Vormunds betriebene Erwerbsgeschäfte und in Bezug auf Dienst- und Arbeitsverhältnisse; ferner der C. c. art. 487, insoferne der emanzipierte Minderjährige, welcher Handel treibt, rücksichtlich der auf diesen Handel bezüglichen Geschäfte einem Großjährigen gleichgestellt wird. [Über diese partielle Prozeßfähigkeit vgl. RE. § 82, Mot. S. 74, Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Wach I S. 537 f., 542, Fuchs a. a. O. S. 599 ff., Linckelmann a. a. O. S. 216 ff.] Die partielle Prozeßfähigkeit besteht für den ganzen Prozeß, auch wenn darin mittels Einrede andere Rechtsverhältnisse berührt werden; aber nicht für die Widerklage aus anderem Rechtsverhältnisse. — Wenn es Personen giebt, welche die rechtsgeschäftliche Verpflichtungsfähigkeit nur für das nicht vermögensrechtliche Gebiet oder nur für Teile dieses Gebietes (z. B. Ehesachen) haben, so sind diese für die betreffenden Streitigkeiten prozeßfähig. S. unten litt. b und c.

Hiernach sind prozeßunfähig:

a) Kinder und Geisteskranke, weil sie nach dem bürgerlichen Recht als willensunfähig gelten. Auch der nicht entmündigte Geisteskranke ist prozeßunfähig. Ob die Prozeßunfähigkeit des Entmündigten bis zur Aufhebung der Entmündigung dauert oder vorher endigen kann, hängt davon ab, ob nach dem materiellen Recht ein Entmündigter handlungsfähig werden kann, ohne daß die Entmündigung aufgehoben ist; für das gem. Recht ist dies anzunehmen. [Vgl. darüber Mot. 369, KPr. S. 455, Struckm. Koch N. 3 zu § 593, Mandry der civilr. Inhalt ꝛc. § 3 N. 19, Aufl. 3 S. 38 f., Wach I S. 539, P. Roth D. PrR. I § 66 N. 22, Gaupp I S. 157.] Ausnahmsweise und besonders begrenzte Prozeßfähigkeit im Entm.-Verfahren s. §§ 605, 616, 620. — Der Geistesschwache, welchem ohne Entmündigung gemäß C. c. 499 (vgl. EG. z. CPrO. § 10) ein Beistand bestellt ist, ist prozeßunfähig, weil es keine von Verbeistandung abhängige Prozeßfähigkeit giebt [so auch Petersen S. 88].

b) Die Minderjährigen, einerlei ob sie in väterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehen, weil sie nach gem. Recht und nach allen Partikularrechten der selbständigen Verpflichtungsfähigkeit (in dem oben erörterten Sinn) ermangeln. Ausnahmsweise sind Minderjährige prozeßfähig in den oben erwähnten Fällen teilweiser Verpflichtungsfähigkeit. In Ehesachen sind Minderjährige, soweit sie ehemündig sind (vgl. RG. v. 6. Febr. 1875 betr. die Beurk. d. Personenstandes ꝛc. § 28), wohl auch prozeßfähig. Sie waren es auch nach früherem gem. Recht (c. 14 X. de rest. spol. 2, 13, c. 3 in 6$^{\underline{to}}$ de iud. 2, 1). [Vgl. über diese spez. Frage Fuchs a. a. O. S. 756 ff. und Linckelmann a. a. O. S. 222.] Die Großjährigkeitserklärung hat nach gem. Recht wie nach den Partikularrechten selbständige Verpflichtungsfähigkeit, daher auch Prozeßfähigkeit zur Folge. Die Emanzipation eines Minderjährigen aus der väterlichen Gewalt bewirkt nicht Prozeßfähigkeit. Dies gilt auch von der Emanzipation eines Minderjährigen nach C. c. art. 476 ff. [vgl. Mot. S. 77, Petersen S. 88]; hier jedoch mit der oben erwähnten, aus art. 487 sich ergebenden Ausnahme.

c) Die wegen Verschwendung Entmündigten. Sind dieselben nach dem materiellen Recht dispositionsfähig außerhalb des Vermögensrechts (was nach gem. Recht wegen der in l. 1 pr. D. de curat. fur. 27, 10 und l. 12 § 2 i. f. de tut. et cur. 26, 5 angezogenen Analogie des furiosus zweifelhaft ist), so sind sie auch prozeßfähig für nicht vermögensrechtliche Prozesse [vgl. Wach I S. 541 f., Planck I S. 217]. Derjenige, welchem ohne eigentliche Entmündigung gemäß C. c. art. 513 (vgl. EG. z. CPrO. § 10, bad. Einf.Ges. v. 3. März 1879 § 146 zu LRS. 513) wegen Verschwendung ein Beistand bestellt ist, ist prozeßunfähig (vgl. litt. a g. E.).

d) Die wegen körperlicher Gebrechen unter Vormundschaft Gestellten, wenn ihnen durch die Vormundschaft die selbständige Verpflichtungsfähigkeit entzogen ist. Dies ist gemeinrechtlich und wohl auch nach allen Partikularrechten der Fall.

e) Die sog. juristischen Personen, weil sie nicht handlungsfähig sind. Gäbe es außer den juristischen Personen noch andere Personen- oder Vermögensverbände, welche Rechtssubjekte wären, so würden sie auch hierher gehören. [Für die Personenverbände mit Rechtssubjektivität nimmt Gierke Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 737 ff. Handlungs- und Prozeßfähigkeit an. Das läuft auf eine theoretische Konstruktion hinaus, welche für das Prozeßrecht kaum brauchbar sein dürfte.] Wenn hinter einer Kollektivbezeichnung physische Personen als Parteien stehen (vgl. Bem. Nr. 1 vor § 50), liegt kein Fall von Prozeßunfähigkeit vor.

Der Gemeinschuldner ist während des Konkurses nicht (auch nicht teilweise) prozeßunfähig, sondern es fehlt ihm für die Prozesse über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen die Sachlegitimation. [Vgl. Struckm. Koch N. 5, Gaupp I S. 171, Planck I S. 215, Hellmann Lehrb. S. 249, L. Seuffert zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts S. 114 f., sowie RG. 11. Dez. 1884 Entsch. XIV Nr. 115 S. 405, 21. Jan. 1885 XIV Nr. 116 S. 412 ff. Dagegen nehmen Fitting Konk.Recht S. 54 N. 2, Schultze Konk.Recht S. 45, 87, 96 und Wach I S. 542 ff. partielle Prozeßunfähigkeit des Cridars an.] — Die Beschlagnahme von Vermögen nach StPrO. §§ 325 f., 332 ff. bewirkt nicht Prozeßunfähigkeit sondern Mangel der Sachlegitimation; nur der dem Abwesenden bestellte Kurator ist zu den das beschlagnahmte Vermögen betreffenden Prozessen legitimiert [vgl. RG. 27. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 37 S. 189; dazu Hellmann Lehrb. S. 249, Wach I § 47 N. 3].

3. Wer für den konkreten Prozeß überhaupt prozeßfähig ist, ist fähig zu allen auf diesen Prozeß bezüglichen Handlungen, und zwar ohne besonderer Ermächtigung zu bedürfen, selbst wenn das Landesrecht solche für einzelne Prozeßhandlungen fordert (§ 52). Der Prozeßfähige ist daher auch stets fähig zur Zurücknahme der Klage, zum Verzicht auf den Anspruch,

zum Anerkenntnis, zum Vergleich. Die Vergleichsfähigkeit ist notwendige Folge der Befugnis zur prozessualischen Disposition. Aus der Prozeßfähigkeit ist auch die Fähigkeit zur Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte zu folgern, welche, wie der Auftragsvertrag mit dem Bevollmächtigten oder Gerichtsvollzieher, durch die Prozeßführung sich ergeben. Das ist für die Fälle partieller Prozeßfähigkeit von Bedeutung.

4. Die nicht prozeßfähige Partei bedarf eines „gesetzlichen Vertreters". Die von diesem in Vertretung der Partei vorgenommenen prozessualischen Handlungen gelten als Handlungen der Partei. Wer gesetzlicher Vertreter einer Partei ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des materiellen Rechts. [In Reichsgesetzen enthaltene Bestimmungen über gesetzliche Vertretung hat Fitting Lehrb. § 21 N. 8 zusammengestellt.] Der gesetzliche Vertreter einer Partei kann diese nicht in einem Prozesse vertreten, in welchem er selbst Partei ist [vgl. RG. 18. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 123 S. 404].

Der gesetzliche Vertreter hat im allgemeinen die Befugnisse und Pflichten einer Partei. Er ist zu allen Prozeßhandlungen befugt, soweit das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. Konsequenzen dieses im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochenen Grundsatzes enthalten die §§ 82 (in betreff der Vollmacht), 219, 223 (rücksichtlich der Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens), 391, 433, 435, 436, 439 (in Ansehung des Eides), 210 (in betreff der Versäumungen). Auch die Bestimmung über die Zustellungen in § 157 kann hieher gerechnet werden.

Die Prozeßhandlungen, welche jemand als gesetzlicher Vertreter vornimmt, ohne die Befugnis zur Vertretung zu haben, sind nichtig. Näheres s. bei § 54.

5. Nach den Vorschriften des materiellen Rechts bestimmt sich, ob der gesetzliche Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf. Solche Ermächtigung ist z. B. erforderlich nach HGB. Art. 194, 195, 223 Abs. 3 (in der Fassung des RG. v. 18. Juli 1884) für die daselbst bezeichneten Prozesse des Aufsichtsrats der Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Aktiengesellschaften; nach Pr. ALR. II 11 §§ 652 ff., Pr. Ges. v. 20. Juni 1875 § 21 Nr. 5, v. 3. Juni 1876 und v. 4. Juni 1876 § 3 für Kirchenvorsteher und Gemeindevorsteher; nach GemOrdn. f. d. diesrh. Bayern Art. 206 Abs. 2 Nr. 3, GO. f. d. bayer. Pfalz Art. 129, Rev. Gem. Ed. v. 1834 § 59 Abs. 3—5, § 94 Abs. 5—8, Verordn. v. 6. Dez. 1808 Art. 15 für Prozesse der Kirchenverwaltungen und Inhaber kirchlicher Pfründen; nach Bayer. Verordn. v. 6. Dez. 1808 Art. 15 für die Vertreter der katholischen Kirchenfabriken, nach Bayer. Verordn. v. 8. Jan. 1819 und Dekr. v. 6. Nov. 1813 Art. 14, 29, 51 für die Vertreter der protest. Presbyterien und Pfründen. Wegen des Württ. Partikularrechts s. Gaupp I § 50 V B.

KO. § 121 Nr. 2, wonach der Konkursverwalter zum Anhängigmachen von Prozessen die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen hat, gehört nicht hieher, weil die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters dritten Personen gegenüber durch § 121 nicht berührt wird (KO. § 124).

Die Prozeßhandlungen, welche ein gesetzlicher Vertreter vornimmt, ohne die nach dem bürgerlichen Recht notwendige Ermächtigung zur Prozeßführung zu haben, sind ebenso nichtig, wie die Prozeßhandlungen jemandens, dem die Eigenschaft eines gesetzlichen Vertreters fehlt. Aber der Gegner kann dem zur Prozeßführung der Ermächtigung bedürftigen Vertreter gegenüber rechtswirksam Prozeßhandlungen vornehmen, ihm also z. B. die Klage, das Urteil zustellen, ohne daß die Ermächtigung zur Prozeßführung erteilt ist.

§ 51.

Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Die Prozeßfähigkeit einer großjährigen Person wird dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt.

Die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft finden auf die Prozeßführung keine Anwendung.

Mot. S. 73—77. KPr. S. 23, 511, 512.

1. Zu Abs. 1: Vgl. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 50. Abs. 1 des § 31 ist dem Art. 1 der WO. nachgebildet.

2. Zu Abs. 2: In den Motiven wird gesagt: „Abs. 2 wird hinsichtlich des großjährigen Hauskindes und der Ehefrau von dem Gedanken beherrscht, daß beiderlei Personen an sich handlungsfähig sind und nur in ihrer Verfügungsbefugnis durch die Rechte des Inhabers der väterlichen Gewalt bzw. des Ehemannes beschränkt werden. Diese Beschränkungen der Verfügungsbefugnis werden durch die Erteilung der vollen Prozeßfähigkeit nicht beeinträchtigt. Denn dem Hausvater oder dem Ehemanne gegenüber hängt die Gültigkeit und Wirksamkeit der ohne ihre Zuziehung zu dem Prozesse erstrittenen Judikate davon ab, inwieweit ihnen nach dem zur Anwendung gelangenden Civilrechte in Bezug auf den Gegenstand der Entscheidung Rechte zustehen, welche die Dispositionsbefugnisse des Hauskindes bzw. der Ehefrau beschränken oder aufheben. Ebensowenig braucht sich der Hausvater oder der Ehemann aus Judikaten, welche ohne seine Zuziehung erlassen sind, eine Zwangsvollstreckung in dasjenige Vermögen des Hauskindes oder der Ehefrau gefallen zu lassen, welches infolge der ihm zustehenden Rechte der Disposition der Schuldner entzogen ist. Nichtsdestoweniger werden die Entscheidungen gegen das im Prozesse stehende Hauskind bzw. die Ehefrau rechtskräftig. Durch diese Vorschriften werden die Beschränkungen des Verfügungsrechts in das Gebiet der Sachlegitimationen verwiesen, und es ist dies durchaus angemessen, weil die beschränkenden Rechte dem materiellen Rechte angehören. Eine Vervielfältigung der Prozesse ist als Folge dieser neuen Vorschriften aber nicht zu besorgen, weil die Institute der Intervention und Streitverkündung die Möglichkeit gewähren, den Hausvater bzw. den Ehemann an dem Prozesse zu beteiligen."

Indem das Gesetz großjährige Hauskinder und Ehefrauen für prozeßfähig erklärt, beseitigt es landesrechtliche Bestimmungen, welche dem Hausvater bzw. Ehemann das Recht gewähren, als gesetzliche Vertreter der Hauskinder bzw. der Ehefrau aufzutreten, weil diese Vertretungsbefugnis nur in Konsequenz der jetzt beseitigten Prozeßunfähigkeit der Hauskinder und Ehefrau bestanden hat. Soweit dem Ehemann bzw. Vater das Verwaltungsrecht über das Vermögen der Frau bzw. des Kindes zusteht, ist er befugt, die Vermögensrechte zu verfolgen und zu verteidigen. — Gemeinrechtlich war die Ehefrau nicht prozeßunfähig; wohl aber nach Partikularrecht. Die Beseitigung der prozessualischen Handlungsunfähigkeit hat nicht zur Folge, daß auch außerhalb des Prozesses Beschränkungen der civilrechtlichen Handlungsfähigkeit, welche nach dem ehelichen Güterrechte eintreten, aufgehoben wären. Daraus können sich Schwierigkeiten ergeben. Eine Erörterung derselben ist nur für die einzelnen Güterrechte möglich. [Über Prozeßfähigkeit der Ehefrau im allg. vgl. Bretschneider Bl. f. RA. in Thür. XXIX S. 155 ff., Wach I § 48; nach Württ. LR. Pfizer Württ. Arch. XX S. 1 ff., Stahl Württ. GBl. XVIII S. 147 ff., Pfizer eod. S. 250 ff., 314 ff., ferner XIX S. 231 ff., 283 d., Mandry Arch. f. c. Pr. LXV S. 132 ff.; nach Pr. ALR. Boas Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 305 ff.]

4. Zu Abs. 3: Aus den Motiven: „Die Geschlechtsvormundschaft ist, nachdem sie neuerdings auch in Mecklenburg-Schwerin (vgl. Publikandum v. 17. Sept. 1867) — mit Ausnahme von Wismar —, in Lübeck (Gesetz v. 15. März 1869), in Lauenburg (Gesetz v. 18. März 1869) und in Hamburg (Gesetz v. 3. Juni 1870 Art. 1) aufgehoben worden, fast gänzlich vom deutschen Boden verschwunden. Bei dieser Sachlage hat die Vorschrift des § 51 Abs. 3 um so weniger Bedenken, als das erlöschende Institut gegenüber den Rechtsanschauungen und Verkehrsbedürfnissen der Gegenwart jede Berechti-

gung entbehrt und dennoch wegen seiner kontroversen Natur geeignet ist, der Prozeßführung große Schwierigkeiten zu schaffen."

In Wismar ist die Geschlechtsvormundschaft aufgehoben durch VO. v. 9. Dez. 1875. [Vgl. Stobbe D. PrR. IV S. 428 a. E.]

§ 52.

Einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im allgemeinen erteilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im allgemeinen statthaft ist.

Mot. S. 76. KPr. S. 23, 512.

1. Litteratur: Küntzel Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 327 ff. (vgl. a. XXIV S. 777, XXVIII S. 276), Brettner eod. XXV S. 324, Eccius (Förster) I § 103 N. 6, IV § 232 N. 23.

2. Die Motive bemerken: „Dieser Grundsatz ist eine Anwendung des im HGB. Art. 43 rücksichtlich der Prokura und in der CPrO. § 79 hinsichtlich der Vollmacht anerkannten Prinzips, daß nach außen hin, dritten Personen gegenüber, im Interesse der Sicherheit des Verkehrs Beschränkungen der Legitimation, der Vertretungsbefugnis unzulässig sind, mögen diese Beschränkungen auf Willkür einer Partei oder auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen, welche nicht dem Reichsrechte angehört. Durch den § 52 werden Vorschriften beseitigt, wie sie z. B. die preuß. AGO. I 10 § 292 in betreff der Berechtigung der Vormünder zur Relation von Eiden enthält."

3. Prozeßhandlungen im Sinne des § 52 sind auch Zurücknahme der Klage (§ 246), Verzicht auf den Anspruch (§ 277) und Anerkennung des Anspruchs (§ 278), Vergleich. Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche eine besondere Ermächtigung zu diesen Handlungen fordern (z. B. Preuß. VormOrdn. § 42 Nr. 8, welche die Gültigkeit eines vom Vormund abzuschließenden Vergleichs bezüglich eines nicht schätzbaren oder den Betrag von 300 ℳ übersteigenden Gegenstandes von der Einholung der gerichtlichen Genehmigung abhängig macht), sind, insoweit es sich um die Gültigkeit gegenüber dem Gegner handelt, aufgehoben. Vorschriften, wie die in Bayer. AG. z. CPr. § 177 oder Württ. AG. z. CPrO. Art. 15 Abs. 3 enthaltenen, haben nur Bedeutung für das Verhältnis zwischen dem Vormund und dem Mündel, nicht aber für die Gültigkeit der vormundschaftlichen Handlung gegenüber dem Gegnrr. [So auch Struckm. Koch N. zu § 52, Puchelt I S. 231, v. Sarwey I S. 108, Petersen S. 91, Gaupp I S. 177, Wach I S. 592, Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 324, Schultze in Ztschr. f. d. CPr. II S. 91 N. 135. AM. bezüglich des Verzichts, Anerkenntnisses und Vergleichs Küntzel, Eccius a. a. O., Wilm. Levy N. 2 zu § 52, Hesse Preuß. VormOrdn. (2. Aufl.) S. 400 N. 6, Basch Allg. GerOrdn. S. 17, A. Förster N. 2 zu § 52. Diese Schriftsteller betonen die Erwähnung des Vergleichs, der Verzichtleistung und des Anerkenntnisses neben den Prozeßhandlungen in § 77 der CPrO. Aber dieses formelle Argument hält bei näherer Betrachtung nicht stand. Der § 77 führt zurück auf Hann. Entw. § 99. Dort sind neben den anderen den Rechtsstreit betreffenden Handlungen diejenigen, durch welche der Rechtsstreit ganz oder teilweise beseitigt wird, mit „insbesondere", also deklarativ angeführt. Der N. E. §§ 134, 135 hat, dem Pr. Entw. §§ 99—101 folgend, dem Bevollmächtigten die Befugnis zu Vergleich, Verzichtleistung, Anerkenntnis abgesehen von Spezialvollmacht ausdrücklich entzogen. Als Entw. I § 75 zu dem Prinzip des Hann. Entw. zurückkehrte, wurde die Überleitung mit „insbesondere" beseitigt. Daß dadurch ausgesprochen werden sollte, Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis gehörten an sich nicht zu den „Prozeßhandlungen", dafür liegt kein Anhaltspunkt vor.

4. Der § 52 bezieht sich nur auf das Verhältnis zur Gegenpartei. Die Verpflichtung gesetzlicher Vertreter zur Einholung besonderer Ermächtigung zu einzelnen Prozeßhandlungen ist nicht beseitigt; es haftet z. B. der Vormund, welcher ohne Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde einen Vergleich schließt, dem Mündel für Schadensersatz; aber der Vergleich besteht zu Recht. — Durch einen dem Gegner bekannt gegebenen Vorbehalt kann an der Gültigkeit der einzelnen Prozeßhandlung auch dann nichts geändert werden, wenn der Vorbehalt sich in den Grenzen des § 79 bewegt. Dieser Paragraph bezieht sich nicht auf gesetzliche Vertreter. [Vgl. Gaupp I S. 176 f., Wach I S. 592.]

§ 53.

Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozeßfähigkeit mangelt, gilt als prozeßfähig, wenn ihm nach dem Rechte des Prozeßgerichts die Prozeßfähigkeit zusteht.

Mot. S. 78. KPr. S. 23, 24, 512.

1. Die Motive bemerken:

„Der § 53 erweitert im Anschluß an § 35 der Einleitung zum preuß. ALG. und WO. Art. 84 die Prozeßfähigkeit des Ausländers dergestalt, daß es genügt, wenn derselbe entweder nach dem Rechte seines Landes oder nach dem Rechte am Orte des Prozeßgerichts prozeßfähig ist. Gericht und Gegner werden durch diese Vorschrift in der Regel hinsichtlich der Prozeßfähigkeit der Nachforschung nach dem fremden Rechte überhoben sein."

Die Prozeßfähigkeit bemißt sich zunächst nach dem für das Gericht geltenden Prozeßrecht. Verweist aber dieses Prozeßrecht auf das bürgerliche Recht, wie es die CPrO. in §§ 50, 51 Abs. 2 thut, so ist das bürgerliche Recht, welches nach der lex fori für die Beurteilung der persönlichen Handlungsfähigkeit einer Person maßgebend ist, indirekt auch maßgebend für die Prozeßfähigkeit einer Partei. Was die lex fori darüber bestimmt, läßt sich bei der Zerfahrenheit der deutschen Civilrechte nicht allgemein sagen. Bestimmt die lex fori, daß die persönliche Handlungsfähigkeit nach der lex domicilii zu beurteilen sei, was wohl das Regelmäßige sein dürfte [vgl. Stobbe D. PrR. I § 30 nebst der dort cit. Litt.], so ist danach die Prozeßfähigkeit unter Heranziehung des § 51 auszumessen. Bestimmt die lex fori, daß die persönliche Handlungsfähigkeit nach der lex patriae zu beurteilen sei, so ist danach die Prozeßfähigkeit wieder unter Heranziehung des § 51 zu bemessen. Die lex fori kann auch bestimmen, daß bei Beurteilung der Handlungsfähigkeit entweder die lex fori oder die lex patriae anwendbar sein solle, jenachdem die eine oder die andere der Handlungsfähigkeit günstiger ist. Derartiges bestimmt § 35 der Einl. z. Pr. ALR. und WO. Art. 84. Der § 53 der CPrO. verordnet, daß alle Gerichte Deutschlands diesem Satze des Pr. ALG. gemäß bei Prüfung der Prozeßfähigkeit eines Ausländers verfahren sollen. Der Ausländer ist also als prozeßfähig zu erachten, wenn derselbe entweder nach dem bürgerlichen Rechte seines Landes (lex patriae) oder nach dem bürgerlichen Rechte am Orte des Gerichts (lex fori) fähig ist, sich durch Verträge zu verpflichten. Die Abs. 2 und 3 des § 51 finden auf ihn gleichfalls Anwendung.

2. Ausländer ist, wer nicht Staatsangehöriger im Deutschen Reiche ist. Ob der Ausländer seinen Wohnsitz im Auslande oder im Inlande hat, ist für die Anwendbarkeit des § 53 einerlei. Das Heimats- nicht das Wohnsitzrecht ist neben dem Rechte des Gerichtsortes in Betracht zu ziehen. Wohnt z. B. ein Amerikaner in Italien, so ist nicht das italienische, sondern das amerikanische Recht neben dem Rechte des deutschen Gerichtsortes bedeutsam. Auf Angehörige eines anderen deutschen Bundesstaates ist der § 53 seinem Wortlaute nach nicht gemünzt. Ausländer bezeichnet in der CPrO. (vgl. §§ 102, 106) nur den Nichtdeutschen.

Es wäre konsequent, den Grundsatz des § 53 auch auf die Beurteilung der Prozeßfähigkeit des Deutschen, der dem Gebiete anderen Rechts angehört, anzuwenden. Aber die CPrO. bestimmt das nicht. In diesem Falle ist also der Maßstab der Prozeßfähigkeit, nämlich die privatrechtliche Handlungsfähigkeit, demjenigen bürgerlichen Rechte zu entnehmen, welches nach der lex fori für Handlungsfähigkeit maßgebend ist. [So auch Puchelt I S. 233, v. Sarwey I S. 110, Wilm. Levy § 53 N. 1; A. Förster § 53 N. 2, Wach I S. 547 ff.; vgl. auch ROHG. 26. Juni 1872 Entsch. VI S. 356. AM. Struckm. Koch § 53 N. 2.] Die im Gebiete des Pr. ALR. gelegenen Gerichte haben gemäß § 35 der Einl. zum ALR. den Deutschen für prozeßfähig zu erachten, welcher entweder nach ALR. oder nach dem Rechte seiner Heimat vertragsverflichtungsfähig ist. Übrigens dürfte eine Differenz der Prozeßfähigkeit aus den deutschen Landesrechten sich kaum jemals herausstellen; der § 51 schafft, soviel sich übersehen läßt, einheitliche Resultate.

3. Die Frage, ob für einen Ausländer, der nach inländischem Recht prozeßfähig, nach dem Rechte seines Heimatlandes nicht prozeßfähig ist, und dem deshalb im Ausland ein Vormund bestellt wurde, dieser Vormund im Inland Klage erheben kann, wurde in der JK. d. R. berührt und als zweifelhaft behandelt (KPr. S. 23, 24). Dieselbe ist zu verneinen. Die Zulassung des Vormunds als gesetzlichen Vertreters würde, wenn der Mündel selbst im Inland prozeßfähig ist, zu einer dem Gesetze widerstrebenden Doppelstellung derselben Partei führen, indem diese sowohl selbst als auch durch ihren Vormund prozessieren könnte. [So auch Petersen S. 92 f., Gaupp § 53 III, Struckm. Koch § 53 N. 1 a. E., A. Förster § 53 N. 2, Wach I S. 549, Hellmann Lehrb. S. 254. AM. Wilm. Levy § 53 N. 3, Bülow S. 31, Übel S. 60, Kleiner I S. 295.

4. § 53 gilt sowohl für Prozeßhandlungen, welche diesseits der deutschen Grenze, als für solche, welche mit Bezug auf einen im Inland geführten Prozeß im Auslande vorgenommen sind. So ist z. B. die auf Ersuchen eines deutschen Gerichts im Auslande erfolgte Eidesleistung seitens eines Ausländers, welcher nach dem Rechte des Auslandes nicht prozeßfähig wäre, rechtswirksam, wenn der Ausländer nach inländischem Rechte prozeßfähig ist. [Vgl. a. Wach I S. 550.]

5. Auf die Ermächtigung zur Prozeßführung findet § 53 nicht Anwendung. Bedarf z. B. der Vormund eines Ausländers nach dem ausländischen Recht der obervormundschaftlichen Ermächtigung zur Prozeßführung, so hat er solche beizubringen, auch wenn nach dem am Orte des Prozeßgerichts geltenden Recht eine Ermächtigung der Vormünder nicht gefordert wird.

§ 54.

Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen zu berücksichtigen.

Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter kann zur Prozeßführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. Das Endurteil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Mot. S. 78, 79. KPr. S. 24, 25, 512.

1. Litteratur: Preziger in Württ. GBl. XVII S. 109 ff., Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 413 ff., Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. V S. 184, Schwalbach eod. S.

507, Birkmeyer cod. VII S. 393 ff., Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 316 ff., Planck I § 44 S. 217 ff., § 48 S. 233 ff.

2. Prozeßfähigkeit, Legitimation eines gesetzlichen Vertreters (d. i. die Befugnis der als Vertreter auftretenden Person zur Vertretung) und Ermächtigung zur Prozeßführung, wo Ermächtigung nötig ist, bedingen die Gültigkeit der prozessualischen Handlung. Ein Mangel in diesen Punkten hat die Ungültigkeit sowohl der Parteihandlungen als auch der auf solchen beruhenden richterlichen Handlungen zur Folge. Nachträgliche Genehmigung (Bestätigung, Ermächtigung) hebt den Mangel. Der prozeßfähig gewordene kann seine ohne Prozeßfähigkeit vorgenommenen Handlungen bestätigen; der gesetzliche Vertreter kann die Handlungen des Nichtprozeßfähigen oder eines nicht zur Vertretung Befugten genehmigen; die erforderliche Ermächtigung kann nachträglich erteilt werden. Daß die nachträgliche Genehmigung die betreffenden Handlungen gültig macht, ergiebt sich aus §§ 513 Nr. 5, 543 Nr. 5. Wenn hier bestimmt ist, daß bei ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung der Prozeßführung Revision und Nichtigkeitsbeschwerde auf den Mangel vorschriftsmäßiger Vertretung nicht gestützt werden kann, so muß das auf frühere Stadien des Verfahrens entsprechende Anwendung finden.

Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen zu berücksichtigen. Daraus ergiebt sich folgendes: Das Gericht hat — vorbehaltlich der aus Abs. 2 sich ergebenden Befugnis — den Prozeßunfähigen, den nicht zur Vertretung Legitimierten, den nicht mit der erforderlichen Ermächtigung Versehenen von der Prozeßführung zurückzuweisen. Der Vorsitzende hat auf etwaige Bedenken hinsichtlich der Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. aufmerksam zu machen (§ 130 Abs. 2). b) Auf die sog. Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit ꝛc. (über das Unpassende der Bezeichnung als Einrede s. Bem. Nr. 2 zu § 247) kann nicht verzichtet (§ 247 Abs. 3), der Mangel kann nicht durch Unterlassung der Rüge geheilt werden (§ 267 Abs. 2). Der Mangel ist in jedem Stadium des Prozesses zu berücksichtigen. Die Anerkennung der Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. seitens des Gegners bindet das Gericht nicht, die Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. als vorhanden anzunehmen; vielmehr kann das Gericht trotzdem die Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. prüfen und nach Umständen verneinen. Ein gerichtliches Geständnis der für die Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. entscheidenden Thatsachen bindet das Gericht nicht, diese Thatsachen als des Beweises nicht bedürftig anzunehmen, sondern unterliegt freier Beweiswürdigung. Das Gericht kann trotz dem Geständnisse Beweis über diese Thatsachen erheben. Bezüglich der vorerwähnten Thatsachen zessieren die sog. fingierten Geständnisse, welche nach §§ 129 Abs. 2, 296 Abs. 1 eintreten. Bezüglich der bezeichneten Thatsachen besteht keine Beweislast für denjenigen, um dessen Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. es sich handelt; vielmehr kann das Gericht nach Umständen (z. B. wenn A dem B eine Klageschrift zugestellt hat, B am Termine ausgeblieben ist und das Gericht die Prozeßfähigkeit des B zu bezweifeln Veranlassung hat) von dem Gegner Beweis verlangen [vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr VII S. 451 ff.]. Steht die Prozeßfähigkeit, die Legitimation des gesetzlichen Vertreters, das Vorhandensein der erforderlichen Ermächtigung oder der Mangel der Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. nach Ansicht des Gerichts fest, so bedarf es natürlich keines Beweises (KPr. S. 24). Bezüglich derselben Thatsachen ist die Zuschiebung des Haupteides unzulässig, zulässig dagegen die Auflage eines richterlichen Eides [vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 225 ff., 467 ff.]. Im Termin zur mündlichen Verhandlung ist die Partei, für welche ein Nichtprozeßfähiger, ein nicht zur Vertretung Legitimierter, ein mit der erforderlichen Ermächtigung Versehener oder ein von einem Nichtprozeßfähigen ꝛc. Bevollmächtigter auftritt, nicht erschienen; gegen die nichterschienene Partei ist Versäumnisurteil nach den allgemeinen Regeln zulässig. Nach diesen ist aber ordnungsmäßige Erhebung der Klage (neben anderem) Voraussetzung eines Versäumnisurteils.

Daraus folgt, daß ein Versäumnisurteil gegen die Partei nicht ergehen kann, wenn die Klage von einem Prozeßunfähigen, einem nicht zur Vertretung Legitimierten, einem nicht mit der erforderlichen Ermächtigung Versehenen erhoben oder an einen Prozeßunfähigen, einen nicht zur Vertretung Legitimierten (vorbehaltlich jedoch der Vorschriften des § 157 Abs. 2 und 3 über Zustellung an Vorsteher) zugestellt ist. Daß einem nicht mit Ermächtigung zu dem Eintritt in den Prozeß versehenen Vertreter die Klage gültig zugestellt werden kann, s. Bem. Nr. 6 g. E. zu § 50. [Mit Bezug auf eine Äußerung des Direktor v. Amsberg — KPr. S. 24 f. — wird mehrfach behauptet, das stets Versäumnisurteil gegen die Partei zu erlassen sei, auf deren Seite der Mangel der Prozeßfähigkeit 2c. besteht. Die erwähnte Äußerung ist offenbar nur auf die Fälle gemünzt, in denen die Klagerhebung in Ordnung ist. Die andere Sachlage wurde dabei nicht erwogen. Jedenfalls ist ein Versäumnisurteil ohne ordnungsmäßige Klagerhebung undenkbar.]

Einzelnes: a) Die Klagerhebung ist in Ordnung. In dem Termin zur mündlichen Verhandlung aber erscheint für den Kläger oder Beklagten ein Prozeßunfähiger (z. B. die Klage ist von dem Vormunde — an den Vormund zugestellt, in dem Termine erscheint der minderjährige Mündel), ein nicht zur Vertretung Legitimierter, ein nicht mit der erforderlichen Ermächtigung Versehener. Wenn nicht zur Vertagung der Verhandlung Anlaß vorliegt, auch nicht vorläufige Zulassung nach § 54 Abs. 2 erfolgt, so ist auf Antrag der erschienenen Partei gegen die nicht ordnungsmäßig vertretene Partei Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 zu erlassen. b) Die Klage ist von einem Prozeßunfähigen, einem nicht zur Vertretung Legitimierten, einem nicht mit der erforderlichen Ermächtigung Versehenen erhoben. Wird, ohne daß der Mangel durch Genehmigung beseitigt ist, eine Entscheidung des Gerichts nötig, so kann, einerlei ob beide Parteien oder nur eine, ob Kläger oder Beklagter im Termine zur mündlichen Verhandlung rite erschienen sind, nur die Zurückweisung der Klage (absolutio ab instantia) ausgesprochen werden. Daß der Antrag auf Versäumnisurteil gemäß § 300 Nr. 1 durch Beschluß zurückgewiesen werden kann, wenn die Beseitigung des Mangels durch Genehmigung noch zu gewärtigen ist, ist eine Sache für sich. Die Entscheidung, durch welche ausgesprochen wird, daß eine Klagerhebung wegen eines der bezeichneten Mängel ungültig sei, kann nur Urteil sein. Der scheinbare Einwand, daß keine Klage zurückgewiesen werden könne, ohne daß eine Klage wirksam erhoben sei, erledigt sich damit, daß die Zurückweisung nichts anderes ist, als die Ungültigkeitserklärung des thatsächlich allerdings vorhandenen Klageakts. Daß Urteilsform nötig ist, folgt daraus, daß es eine Entscheidung nach mündlicher Verhandlung ist; für solche Entscheidungen ist die Urteilsform nach dem Systeme der CPrO. überall nötig, wo nicht ausnahmsweise die Beschlußform zugelassen ist. Es ist auch möglich, daß der vorhandene Mangel erst in der Berufungs- oder Revisionsinstanz konstatiert wird; wie anders als durch Urteil sollte das unrichtige Urteil der unteren Instanz aufgehoben werden können? Die Notwendigkeit der Urteilsform ergiebt sich übrigens auch aus dem Bedürfnis, die vielleicht sehr komplizierte Frage, ob jemand prozeßfähig bezw. gesetzlicher Vertreter ist, mittels Berufung und Revision vor die höheren Instanzen bringen zu können. [Vgl. Wach I S. 602 f., welcher, wenn eine Entscheidung nötig wird, Urteilsform für nötig erachtet, sowie RG. 25. April 1887 Entsch. XVIII Nr. 84 S. 383 ff. AM. Just a. a. O. S. 326, Planck I S. 213 Nr. 5, S. 218 Nr. IV 1, S. 237 bei N. 12, Hellmann Lehrb. S. 623, welche Einstellung des Verfahrens bezw. Zurückweisung durch Beschluß eintreten lassen wollen.] Das die Klage wegen Mangels der Legitimation oder der erforderlichen Ermächtigung des Vertreters zurückweisende Urteil ist auf den Namen des letzteren (nicht auf den der Partei) zu stellen. Der letztere ist in die Kosten des Prozesses zu verurteilen. [Vgl. Wach I S. 602 N. 22. AM. Just a. a. O. und Planck a. a. O., welche den Gegner

auf selbständige Klage verweisen.] Wird die Klage wegen Mangels der Prozeßfähigkeit der Partei zurückgewiesen, so bleibt allerdings nichts übrig, als das Urteil auf den Namen der Partei zustellen. Dieses Urteil kann auch von der Partei nicht wegen Mangels der gesetzlichen Vertretung angefochten werden; denn dieser Mangel hat die ihm gebührende Berücksichtigung gefunden. Aus § 87 dürfte dann auch deren Kostenpflicht zu folgern sein. [AM. Just a. a. O. und Planck I S. 218. Übrigens hat die Sache kaum jemals praktische Bedeutung.] c) Die Klage ist an einen Prozeßunfähigen oder einen zur Vertretung der Partei Legitimierten zugestellt. Es fehlt an der ordnungsmäßigen Klagerhebung. Wird der Mangel nicht durch Genehmigung gehoben, so kann, einerlei ob beide Parteien oder nur eine, ob Kläger oder Beklagter im Termin zur mündlichen Verhandlung erschienen sind — nur die Zurückweisung der Klage ausgesprochen werden. Der Kläger ist in die Kosten zu verurteilen. d) Würde der Mangel in der untern Instanz übersehen, so kann derselbe in der Berufungs- und Revisionsinstanz geltend gemacht werden (vgl. § 513 Nr. 5). Das rechtskräftige, den Mangel nicht berücksichtigende Urteil unterliegt der Nichtigkeitsklage (§ 543 Nr. 5) e) Entsprechend der Klage sind Einspruch und Rechtsmittel zu behandeln.

3. Durch Abs. 2 ist dem Gericht die Befugnis eingeräumt, nach freiem Ermessen eine Partei, gegen deren Prozeßfähigkeit Bedenken bestehen, ebenso jemanden, der als gesetzlicher Vertreter ohne den Nachweis seiner Legitimation oder der erforderlichen Ermächtigung auftritt, oder auch jemanden, der nicht prozeßfähig oder nicht der gesetzliche Vertreter ist, mit dem Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zur Prozeßführung zuzulassen, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei, auf deren Seite der Mangel ist, verbunden ist. Der Mangel kann durch den Nachweis der Prozeßfähigkeit, der Legitimation, der Ermächtigung oder auch durch nachträgliche Genehmigung (s. o. Bem. Nr. 1) beseitigt werden. Die Beseitigung des Mangels muß zu gewärtigen sein, sonst hat die Zulassung keinen Zweck. Die Zulassung ist nicht besonders zu beschließen, sondern vollzieht sich thatsächlich durch Duldung und Berücksichtigung der betreffenden Handlungen seitens des Gerichts. Die zur Beseitigung des Mangels stets vorzusetzende richterliche Frist kann auf Antrag verlängert werden (§ 202). Wird der Mangel beseitigt, so sind die betreffenden Prozeßhandlungen gültig. Dies gilt auch in dem Falle, daß die Beseitigung nach Ablauf der Frist, aber vor dem Schlusse der Verhandlung erfolgt [vgl. a. RG. 10. Apr. 1884 Entsch. XIV Nr. 122 S. 133]. Wird der Mangel nicht beseitigt, so sind die betreffenden Prozeßhandlungen ungültig. Wie der Prozeß zu erledigen ist, ergiebt sich aus Bem. Nr. 2. Vor Ablauf der Frist darf kein den Prozeß ganz oder teilweise erledigendes Urteil erlassen werden.

4. Der § 54 findet auch in dem Verfahren ohne obligatorische mündliche Verhandlung — Mahnverfahren, Arrestprozeß, Verfahren betreffs einstweilige Verfügung — Anwendung.

5. Wegen Verlustes der Prozeßfähigkeit und Aufhörens der Vertretungsbefugnis im Laufe des Verfahrens s. § 219.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2; GO. f. RA. § 20.

§ 55.

Soll eine nicht prozeßfähige Partei verklagt werden, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, so hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts derselben, falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter zu bestellen.

Der Vorsitzende kann einen solchen Vertreter auch bestellen, wenn in

den Fällen des § 21 eine nicht prozeßfähige Person bei dem Gerichte ihres Aufenthaltsorts oder Garnisonorts verklagt werden soll.

Mot. S. 79. KPr. S. 25, 512.

1. § 55 bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein besonderer gesetzlicher Vertreter für den einzelnen Prozeß (curator litis) durch den Vorsitzenden des Prozeßgerichts bestellt werden kann. Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Bestellung gesetzlicher Vertreter durch andere Behörden (z. B. über cura absentis, cura hereditatis) bleiben in Geltung.

2. Nur für den Beklagten, nicht für den Kläger, nur vor Erhebung der Klage, nicht wegen Aufhörens der Prozeßfähigkeit oder der Vertretungsbefugnis im Laufe des Prozesses (§ 219) kann der Vorsitzende einen besonderen Vertreter bestellen.

3. Die Ernennung eines Litiskurators kann nur auf Antrag der Partei, welche klagen will, erfolgen. Der Antrag ist schriftlich einzureichen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzubringen; Anwaltszwang besteht für denselben auch im Anwaltsprozesse nicht, weil der Antrag an den Vorsitzenden geht, also nicht Verfahren vor dem Landgerichte (§ 74) ist. [AM. Gaupp I § 55 II C.] Der Antrag ist an den Vorsitzenden der Kammer oder des Senats zu richten, bei welchem die Sache anhängig gemacht werden soll. Zweckmäßiger Weise wird dem Antrage die Klageschrift bzw. das Klageprotokoll beigelegt; notwendig ist es nicht. Der Vorsitzende verfügt ohne mündliche Verhandlung auf den Antrag und läßt die Verfügung dem Antragsteller zustellen (§ 294). Gegen Zurückweisung des Antrags ist Beschwerde zulässig (arg. § 530).

4. Die Bestellung eines besonderen Vertreters muß gemäß Abs. 1 bewilligt werden, wenn der zu Verklagende prozeßunfähig ist, keinen gesetzlichen Vertreter hat, und Gefahr in Verzögerung der Klagestellung ist. Bloße Verhinderung des gesetzlichen Vertreters genügt nicht.

5. Die Bestellung eines Litiskurators kann gemäß Abs. 2 nach freiem Ermessen bewilligt werden, wenn ein im Gerichtsstand des § 21 zu verklagender Prozeßunfähiger zwar einen gesetzlichen Vertreter hat, dieser Vertreter aber nicht am Aufenthaltsorte der Partei ist. Gefahr im Verzuge wird hier nicht gefordert. Doch wird der Vorsitzende immerhin erwägen, ob durch die Zustellung der Klage an den anderswo sich aufhaltenden Vertreter die Interessen des Klägers gefährdet werden.

6. Die Handlungen des gemäß § 55 bestellten Vertreters haben nicht bloß vorläufige, sondern bleibende Wirksamkeit. Ein nachträglich eintretender anderer Vertreter kann dessen Handlungen nicht desavouieren. Die Funktion des besonderen Vertreters endigt nicht mit der Bestellung eines andern Vertreters, sondern erst mit dessen Eintritt in den Prozeß. Das Endurteil braucht nicht aufgeschoben zu werden, bis ein anderer Vertreter an Stelle des besonderen Vertreters in den Prozeß eingetreten ist.

7. Ob jemand verbunden ist, die Funktion eines Litiskurators zu übernehmen, wie er in Pflicht zu nehmen, wie weit er haftbar ist, diese Fragen sind aus dem materiellen Recht zu beantworten.

8. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 9 (Gebührenfreiheit) und GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

Zweiter Titel.

Streitgenossenschaft.

1. Die Motive bemerken:

„Treten mehr als zwei Personen in einem Prozesse als selbständige Parteien auf, so liegt eine Verbindung mehrerer Prozesse zu einem Verfahren vor. Die juristische Be-

handlung jedes einzelnen Prozesses wird durch die Vereinigung nicht verändert. Abgesehen von den äußeren Vorteilen der Abkürzung, Vereinfachung und Kostenersparung hat die Verbindung mehrerer Prozesse zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung den Vorteil, daß sie eine übereinstimmende Beurteilung der den verbundenen Prozessen gemeinsamen oder gleichartigen Streitpunkte garantiert. Diese Sätze, das Ergebnis der neueren Untersuchungen über die subjektive Klagenkumulation und des Litiskonsortium (vgl. Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrechte S. 105 ff., 385 ff., Wetzell Ed. III S. 826 ff.), bilden die Grundlage und den Ausgangspunkt für die Bestimmungen der §§ 56—58 des Gesetzes. Der § 59 enthält Modifikationen des im § 58 ausgedrückten Prinzips, während der § 60 eine Vorschrift über das Betreibungsrecht der Streitgenossen giebt."

2. Streitgenossenschaft (litis consortium) = subjektive Klagenhäufung. Gegensatz: objektive Klagenhäufung (§ 232).

Litteratur: ältere s. Wetzell § 63 N. 11; besonders Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 105 ff., 385 ff. Neuere: v. Canstein Streitgenossenschaft und Nebenintervention (Wien 1876), Warmuth Ztschr. f. d. CPr. I S. 497 ff., Weismann Hauptintervention und Streitgenossenschaft, Kroll Klage und Einrede S. 128 ff., Hellmann, Lehrb. S. 233 ff. Vgl. a. Bem. Nr. 1 zu § 59.

§ 56.

Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen, oder wenn sie aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.

§ 57.

Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

Mot. S. 79, 80. KPr. S. 25, 512.

1. Aus allgemeinen Grundsätzen ergeben sich folgende Voraussetzungen für Zulässigkeit einer Streitgenossenschaft: a) Sachliche Zuständigkeit desselben Gerichts für die Klagen der einzelnen oder gegen die einzelnen Streitgenossen. Soweit die sachliche Zuständigkeit vom Werte des Streitgegenstandes abhängt, greift die Regel des § 5 ein. Mehrere Klagen, von denen jede einzeln nach GVG. § 23 Abs. 1 vor das Amtsgericht gehören würde, erwachsen durch Verbindung zur Zuständigkeit des Landgerichts, wenn die Summe des Wertes der Streitgegenstände 300 ℳ übersteigt. Dagegen wird durch die Verbindung einer Klage, für welche nach GVG. § 23 Abs. 2 das Amtsgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig ist, mit einer zur Zuständigkeit der Landgerichte gehörigen Klage die landgerichtliche Zuständigkeit für erstere nicht hergestellt. Ebensowenig ist das Landgericht zuständig, wenn eine nach GVG. § 23 Abs. 1 vor das Amtsgericht gehörige Klage mit einer nach GVG. § 23 Abs. 2 vor das Amtsgericht gehörigen Klage verbunden wird und die Zusammenrechnung einen Streitgegenstand von mehr als 300 ℳ ergiebt. b) Örtliche Zuständigkeit desselben Gerichts für die Klagen der einzelnen oder gegen die einzelnen Streitgenossen. Der gemeinsame Gerichtsstand kann sich durch Bestimmung des höheren Gerichts (§ 36 Nr. 3) ergeben. Wegen Wechselklagen vgl. § 566 Abs. 2. Natürlich kann die Gemeinsamkeit der sachlichen wie der örtlichen Zuständigkeit auch aus §§ 38, 39 hergestellt werden. c) Gleiche Prozeßart.

2. Aus §§ 56, 57 ergeben sich dann weiter folgende alternative Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Streitgenossenschaft: a) Zusammenhang der Ansprüche. Dieser kann beruhen auf einer Rechtsgemeinschaft in Ansehung des Streitgegenstandes oder auf Identität des thatsächlichen und rechtlichen Grundes der Berechtigung bzw. Verpflichtung. Rechtsgemeinschaft in Ansehung des Streitgegenstandes liegt vor, wenn mehrere Personen pro partibus indivisis an einer Sache dinglich berechtigt oder einer dinglichen Berechtigung gegenüber verpflichtet sind; ebenso wenn mehrere Personen aktiv oder passiv in einem Gesamtschuldverhältnis (Korreal- oder Solidarobligationen) oder in einem Obligationsverhältnis mit unteilbarem Gegenstande stehen; desgleichen, wenn Hauptschuldner und Bürge verklagt werden. [RG. 12. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 107 S. 367. AM. OLG. Stuttgart Württ. GBl. XX S. 518, vgl. a. XXI S. 48.] Identität des thatsächlichen und rechtlichen Grundes der Berechtigung oder Verpflichtung liegt vor, wenn mehrere Personen aus demselben Thatbestande, z. B. Vertragsschluß, und derselben Rechtsnorm, wenn auch nicht solidarisch, berechtigt oder verpflichtet sind. Gemeinschaftlichkeit der Angriffs- oder Verteidigungsmittel ist nicht erforderlich.

b) Oder Gleichartigkeit der Ansprüche oder Verpflichtungen und ihres Entstehungsgrundes (57). Das ist ein dehnbarer Begriff. Gleichartigkeit wird anzunehmen sein, wenn die mehreren Ansprüche in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, daß die Entscheidung über dieselben von der Würdigung gleich oder doch ähnlich gelagerter thatsächlicher Umstände und von der Beurteilung derselben Rechtsfrage abhängt. Beispiele: Klagen einer Versicherungsgesellschaft gegen mehrere unter gleichen Bedingungen Versicherte auf Erfüllung des Versicherungsvertrages; Klagen mehrerer Hypothekengläubiger auf Sicherstellung gegen Verschlechterung der Pfandsache; Klagen gegen mehrere Mieter aus gleichlautenden Mietverträgen; Klagen mehrerer Gläubiger auf Anfechtung eines zum Nachteile der Gläubiger geschlossenen Rechtsgeschäfts; Klagen eines Geschäftsmannes gegen mehrere Kunden, denen unter gleichen Bedingungen verkauft wurde 2c.

3. Sind mehrere Personen als Streitgenossen klagend aufgetreten oder verklagt worden, ohne daß die Voraussetzungen der Streitgenossenschaft vorliegen, so ist zu unterscheiden:

a) Es fehlt an der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit. Dann hat das Gericht die Klage des Streitgenossen oder gegen die Streitgenossen, für welche die Zuständigkeit fehlt, nach Umständen also alle Klagen, durch absolutio ab instantia von Amtswegen zurückzuweisen. Nur muß, wenn ein Beklagter bzw. alle Beklagten sich ohne Rüge auf die Verhandlung zur Hauptsache eingelassen haben, die Prorogation (§ 39) beachtet werden.

b) Es fehlt an der Zulässigkeit der gleichen Prozeßart. Dann hat das Gericht die Klage, für welche die begehrte Prozeßart, z. B. der Urkundenprozeß, unzulässig ist, von Amtswegen durch absolutio ab instantia zurückzuweisen.

c) Es fehlt an den in Bem. Nr. 2 besprochenen Voraussetzungen der Konnexität oder Gleichartigkeit. Aus diesem Grunde kann die Zulässigkeit der Streitgenossenschaft nicht von Amtswegen beanstandet werden [vgl. Wetzell § 63 N. 30, Schmid Handb. II S. 22, Glück Komm. IV S. 17]. Dem öffentlichen Interesse ist dadurch genügend Rechnung getragen, daß das Gericht die Zerlegung in mehrere Prozesse (§ 136) beschließen kann. Wohl aber kann die Partei die Unzulässigkeit der Streitgenossenschaft rügen. Das Rügerecht kann nach § 267 präkludiert werden, weil der Mangel dieses Erfordernisses nicht von Amtswegen zu beachten ist. Prozeßhindernde Einrede ist die Rüge nicht. Erfolgt die Rüge rechtzeitig, so ist weiter zu unterscheiden: α) Aus der Unzulässigkeit der Streitgenossenschaft ergiebt sich der Mangel der Zuständigkeit für alle Klagen; die gehäuften Klagen würden nur unter der Voraussetzung zulässiger Kumulation zur Zuständigkeit des Landgerichts erwachsen, während

jede einzelne zum Amtsgericht gehört; dann ist bezüglich aller Klagen auf absolutio ab instantia zu erkennen. Trennung nach § 136 kann nicht erfolgen, weil solche die ursprüngliche Zuständigkeit voraussetzt. β) Aus der Unzulässigkeit der Streitgenossenschaft ergiebt sich die Unzuständigkeit nur für einen Teil der Klagen. Z. B. der Anspruch des Klägers A gehört an sich vor das Amtsgericht, der des Klägers B an sich vor das Landgericht; unter der Voraussetzung der zulässigen Verbindung würden beide an das Landgericht gebracht werden können. Oder: für die gegen X und Y gerichteten Klagen ist unter der nicht zutreffenden Voraussetzung zulässiger Kumulation nach § 36 Nr. 3 das Gericht des Wohnsitzes des X bestimmt. Dann ist die Klage, für welche sich die Unzuständigkeit ergiebt, durch absolutio ab instantia abzuweisen. γ) Trotz Unzulässigkeit der Kumulation bleibt das Gericht für alle Einzelansprüche zuständig; dann ist nur die Trennung nach § 136 auszusprechen. Daß nicht auch die Klagen, für welche das Gericht trotz Unzulässigkeit der Klagenhäufung zuständig bleibt, abzuweisen sind, dürfte daraus zu folgern sein, daß den Interessen der Partei, welche die Streitgenossenschaft als unzulässig beanstandet, in diesen Fällen durch eine Zerlegung nach § 136 vollständig genügt ist. Wenn die Klage die Einzelansprüche der mehreren Kläger bzw. gegen die mehreren Beklagten vorschriftsmäßig begründet und die Zuständigkeit auch abgesehen von der Kumulation vorliegt, so kann die Unzulässigkeit der äußerlichen Verbindung die Klage selbst nicht ungültig machen.

4. Die subjektive Klagenhäufung steht im Belieben des Klägers. Der beklagten Partei steht kein prozessualisches Mittel zu, aktive oder passive Streitgenossenschaft zu erzwingen. Über die exceptio plurium litis consortium und die sog. notwendige Streitgenossenschaft s. Bem. Nr. 4 ad litt. b zu § 59. Beiladung kennt das Gesetz außer den Spezialfällen der §§ 73, Abs. 1, 607 Abs. 3, 753 Abs. 3 nicht. In allen Fällen der Streitgenossenschaft kann das Gericht getrennte Verhandlung nach § 136 anordnen. Andererseits kann das Gericht mehrere bei ihm schon anhängige Prozesse nach § 138 verbinden.

5. Über Editionseid bei Streitgenossenschaft vgl. § 391 Abs. 3; über Eideszuschiebung an Streitgenossen: §§ 414, 434; über die Auflage richterlichen Eides an Streitgenossen: § 438; über Kostentragung: § 95.

6. Mehrere gesetzliche Vertreter einer nicht handlungsfähigen Partei sind sowenig Streitgenossen, wie mehrere Prozeßbevollmächtigte einer handlungsfähigen Partei. Es liegt keine Klagenhäufung vor. Ob die mehreren Gesellschafter, welche den Prozeß der offenen Handelsgesellschaft führen, Streitgenossen sind, hängt von der Antwort auf die Frage ab, ob die offene Handelsgesellschaft ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt ist. [Darüber vgl. Behrend HR. I S. 445 f., 516 ff. (wo auch Litteraturangaben), Laband Ztschr. f. d. g. HR. XXXI S. 1 ff., Wach I S. 522 ff., Unger Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 239 ff., Bekker Pand. I § 60 Beil. II, Gierke Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 435 ff.] Wenn die Gesellschaft Rechtssubjekt ist, so sind die Gesellschafter ihre Vertreter. Ist die Gesellschaft nicht Rechtssubjekt, so sind die Gesellschafter Streitgenossen.

§ 58.

Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein anderes ergiebt, dem Gegner dergestalt als einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteile noch zum Nachteile gereichen.

Mot. S. 80, 81. KPr. S. 25, 512.

1. Die Motive bemerken:

„Die Streitgenossen treten infolge des Prozesses in kein besonderes Verhältnis zu ein-

ander; daß sie gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, ist ein Faktum, welches rechtliche Wirkungen unter ihnen nicht begründet. Materiell sind ihre Interessen unabhängig von einander, so daß jeder Streitgenosse so beurteilt werden muß, als ob er allein mit seinem Gegner im Prozesse befangen wäre (vgl. Wetzell Ed. III S. 849, 850, Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 107). Was der einzelne Streitgenosse thut oder unterläßt — der Ausdruck „Handlungen" in § 58 umfaßt seiner allgemeinen Bedeutung nach auch die Unterlassungen — gereicht dem andern weder zum Vorteile noch zum Nachteile. Jeder Streitgenosse kann sich daher besonderer Angriffs- und Verteidigungsmittel (vgl. § 95 Abs. 3) bedienen, wie umgekehrt der Gegner besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel einzelnen Streitgenossen gegenüber geltend machen kann, ohne daß der Erfolg derselben auf den Ausfall des Prozesses für oder gegen die andern Streitgenossen einwirkt. Insofern allerdings die Handlungen eines Streitgenossen auf die Feststellung der Thatsachen von Einfluß sind, und insoweit diese Feststellung nicht an gesetzliche Regeln gebunden, sondern von der freien Überzeugung des Gerichts abhängig (§ 259) ist, bilden die betreffenden Handlungen einen Teil des Materials für die richterliche Überzeugung und werden daher unmittelbar die Sache des anderen Streitgenossen beeinflussen können."

2. Aus dem in § 58 aufgestellten Satze folgt: a) Versäumt ein Streitgenosse den Termin zur mündlichen Verhandlung, so ist unter den allgemeinen Voraussetzungen gegen ihn Versäumnisurteil zu erlassen, obwohl der andere Streitgenosse erschienen ist. Ausnahme: § 59. b) Die Folgen der sog. partiellen Versäumnis (s. § 208 Bem. Nr. 1 und 2) treten gegen die einzelnen Streitgenossen gesondert ein und wirken nicht gegen die anderen. c) Verzicht (§ 277) und Anerkenntnis (§ 278) wirken nur gegen den einzelnen Streitgenossen. d) Das Geständnis einer Thatsache (§ 261) seitens eines Streitgenossen hindert den anderen nicht, dieselbe Thatsache zu bestreiten. Die Bestreitung hat die gewöhnlichen Wirkungen. Ad a—d: Durch die vorgetragenen Sätze ist nicht ausgeschlossen, daß der Richter die Thatsachen der totalen und partiellen Versäumnis, des Anerkenntnisses, Geständnisses eines Streitgenossen bei der Beweiswürdigung verwertet. e) Die Fristen sind für die einzelnen Streitgenossen nach Anfang, Ende, Unterbrechung, Verlängerung gesondert zu berechnen (Mot. S. 163). f) Urteile für und gegen einzelne Streitgenossen sind Teilurteile (§ 273). Ungleichartige, ja widersprechende Urteile gegen einzelne Streitgenossen sind prozessualisch möglich. Die Rechtskraft der Urteile ist gegenüber den einzelnen Streitgenossen gesondert zu berechnen. Das Rechtsmittel, welches ein Streitgenosse ergreift, berührt den andern nicht (vorbehaltlich der Zusammenrechnung der Beschwerdesummen bei der Revision). g) Hinsichtlich der Prozeßkosten sind die einzelnen Streitgenossen vorbehaltlich des § 95 gesondert zu beurteilen. h) Es besteht keine Verpflichtung zur Aufstellung eines gemeinsamen Prozeß- oder Zustellungsbevollmächtigten. Doch hat das Gericht, wenn getrennte Vertretung stattfand, zu prüfen, ob die dadurch erwachsenen Mehrkosten als notwendige im Sinne des § 87 Abs. 1 zu betrachten sind. [So die Mot. S. 112 und alle Komm. Dagegen RG. 7. Okt. 1885 Entsch. XIV Nr. 114 S. 395 ff., welches annimmt, daß die Kosten der gesonderten Vertretung stets erstattet werden müssen.]

3. Vorbehalten sind gegenüber dem Grundsatz der prozessualischen Selbständigkeit der mehreren Streitgenossen:

a) Vorschriften des bürgerlichen Rechts, } aus denen sich ergiebt, daß Handlungen des
b) Vorschriften der CPrOrdnung, } einen Streitgenossen den anderen zum Vorteile oder Nachteile gereichen.

Ad a: Vorschriften des bürgerlichen Rechts, in denen direkt bestimmt wäre, daß prozessualische Handlungen eines Streitgenossen dem anderen zum Vor- oder Nachteile gereichen sollen, giebt es nicht. Gemeint sind Vorschriften, nach denen mehreren Streitgenossen gegenüber mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Streitgegenstandes nur eine einheitliche Entscheidung erfolgen kann. Denn aus solchen Vorschriften ergiebt sich allerdings, daß Hand-

lungen eines Streitgenossen dem andern zum Vorteil oder Nachteil gereichen. Welche Fälle hieher gehören, ist in Bem. Nr. 3 ad a zu § 59 erörtert.

Ad b: Die CPrO. enthält Vorschriften, in denen direkt bestimmt ist, daß Handlungen eines Streitgenossen dem andern zum Vor- oder Nachteil gereichen sollen, bloß in §§ 59 und 434 (cf. § 391 Abs. 3). Außerdem enthält die CPrO. in §§ 61, 586 Abs. 2, 607 Abs. 3, 690 Abs. 2, 710 Abs. 3, 753 Abs. 2 und 4 und die KO. in §§ 134 Abs. 1, 135 [vgl. Schultze Konkursrecht S. 105 ff.] Fälle, in denen mehreren Streitgenossen gegenüber nur einheitliche Entscheidung erfolgen kann. Diese Fälle sind hier ebenso gut gemeint, wie die Fälle, in denen nach bürgerlichem Recht nur einheitlich entschieden werden kann.

Ad a und b: Liegt einer der Ausnahmsfälle ad a oder b vor, so greift bei totaler Versäumnis eines Streitgenossen die Regel des § 59 ein. Außer § 434 (cf. § 391 Abs. 1) enthält aber das Gesetz keinerlei Vorschriften darüber, wie es in solchen Fällen zu halten sei, wenn alle Streitgenossen erschienen sind, aber in ihrem prozessualischen Verhalten auseinandergehen. Daraus, daß nur einheitliche Entscheidung erfolgen kann, ergiebt sich, daß alle Angriffs- und Verteidigungsmittel (einschließlich der Beweisführung) eines Streitgenossen dem andern zu gut kommen. Differieren die Erklärungen beider Streitgenossen über vom Gegner behauptete Thatsachen, z. B. der eine gesteht, der andere leugnet, so hat das Geständnis des einen Streitgenossen nicht die Wirkung, die betreffende Thatsache als des Beweises nicht bedürftig erscheinen zu lassen. Bei der Beurteilung der Frage aber, ob die Thatsache als bewiesen anzunehmen sei, hat das Gericht zu würdigen, welches Gewicht auf das Geständnis einzelner Streitgenossen zu legen ist. (Nordd. Prot. II S. 1040, Mot. S. 83.) Diesem Standpunkte entspricht § 434. Verzicht und Anerkenntnis seitens eines Streitgenossen ist für den andern nicht bindend und giebt dem Gegner noch kein Recht auf ein Urteil nach § 277 bzw. § 278.

§ 59.

Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

Mot. S. 82, 83. KPr. S. 25, 512.

1. Litteratur: Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 415 f., J. v. Amelunxen die sog. notwendige Streitgenossenschaft (Mannheim 1881), v. Kries die Rechtsmittel S. 35—45.

2. § 59 bestimmt nicht allgemein, welchen Einfluß es auf das Verhältnis mehrerer Streitgenossen hat, daß das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann oder daß die Streitgenossenschaft eine notwendige ist. Ebensowenig bestimmt § 59, wann nur einheitliche Feststellung erfolgen kann und wann die Streitgenossenschaft eine notwendige ist. Vielmehr enthält § 59 nur Vorschriften für den Fall, daß ein Termin oder eine Frist von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, und zwar nur für die Fälle der sog. notwendigen Streitgenossenschaft.

3. Voraussetzung für die Dispositive des § 59 ist nach den Gesetzesworten:

a) entweder daß das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann,

b) oder daß die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige ist.

Aus den Worten „aus einem sonstigen Grunde" geht hervor, daß auch die Fälle ad a im Gesetz Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft genannt werden. Die Motive (S. 82, 83) und die Vorgeschichte des § 59 (vgl. Preuß. Entw. v. 1864 § 393, Nordd. Entw. § 95, Nordd. Prot. S. 630, 636—639, 795 f., 1270, Entw. I § 58, Entw. II § 59) bestätigen dies. Die Bezeichnung ist, wie unten gezeigt werden wird, ungeeignet und mißverständlich.

Ad a: Hierher gehören Prozesse über unteilbare Rechtsverhältnisse, z. B. der von den Miteigentümern des herrschenden oder dienenden Grundstücks geführte Prozeß über das Bestehen oder den Umfang einer Grunddienstbarkeit [vgl. l. 4 § 4 D. si serv. 8, 5 und v. Savigny Syst. VI S. 469 ff.]; oder der von den mehreren Gläubigern oder Schuldnern geführte Prozeß über das Bestehen einer unteilbaren Obligation; oder der Prozeß über die Feststellung der Eigenschaft eines ehelichen Kindes gegenüber den beiden Ehegatten, deren Ehe das Kind entstammen soll; oder der Prozeß über die Nichtigkeit einer Ehe, wenn die Nichtigkeit gegen die beiden Ehegatten beantragt wird (§ 586); oder der Prozeß über die Anfechtung eines Entmündigungsbeschlusses (§ 607 Abs. 3). Ferner Prozesse über (aktive und passive) Korrealschuldverhältnisse [AM. OLG. Hamburg SA. XL Nr. 151], vorausgesetzt, daß die Eigenschaft der Streitgenossen als Korrealgläubiger oder -schuldner feststeht, und daß nicht seitens eines Streitgenossen ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel vorgebracht wird, welches dem anderen Streitgenossen nach materiellem Recht nichts nützen kann (z. B. die Verteidigung mit pactum de non petendo in personam). Wenn man die offene Handelsgesellschaft nicht als Rechtssubjekt und folglich die Gesellschafter, welche die Prozesse der Gesellschaft führen, nicht als gesetzliche Vertreter sondern als Parteien betrachtet, so muß man den von mehreren Gesellschaftern geführten Prozeß der offenen Handelsgesellschaft ebenfalls hierher rechnen [vgl. Wach I S. 528 N. 19, RG. Entsch. XII Nr. 13]. Darüber, ob die Fälle der §§ 61, 690 Abs. 2, 710 Abs. 3, 753 Abs. 2 unter § 59 gehören s. Bem. Nr. 5 zu § 61, Bem. Nr. 3 zu § 690, Bem. Nr. 6 zu § 710, Bem. Nr. 3 zu § 753. Darüber, ob die Streitgenossenschaft mehrerer Konkursgläubiger, welche an einem Widerspruchsprozesse teilnehmen (KO. §§ 134 Abs. 1, 2, 135), unter § 59 falle, vgl. Wilmowski Komm. z. KO. § 135 N. 1 litt. c, Schultze D. Konk.-Recht S. 101 ff., v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 235 ff., v. Amelunxen a. a. O. S. 66, Wach I S. 624 N. 32, Struckm. Koch N. 1 zu § 59, RG. 29. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 118 S. 414 (bejahend); dagegen v. Sarwey Komm. z. KO. 2. Aufl. S. 686 und 692, v. Völdernborff Komm. z. KO. II S. 345, Hellmann Lehrb. S. 240. Die erstere Ansicht ist die richtige. Vgl. a. Mot. z. KO. S. 368 und KPr. z. KO. S. 92 ff., 173 ff.

In allen diesen Fällen liegt keine Notwendigkeit der Vereinigung der mehreren Streitgenossen zu einer Prozeßführung vor; auch nicht in dem uneigentlichen Sinne, in welchem in den Fällen ad b von einem solchen Zwang gesprochen werden kann. Jeder der Streitgenossen könnte für sich allein klagen und beklagt werden. Deswegen ist es ungeeignet, diese Fälle, wie dies im Gesetze geschieht, Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft zu heißen. Auch daran darf nicht gedacht werden, daß beabsichtigt sei, für diese Fälle eine exceptio plurium litis consortium einzuführen. Es ist vielmehr gewiß, daß ein Eingriff in das Civilrecht, wie er in einer solchen Anordnung läge, nicht beabsichtigt ist.

Ad b: Vom Standpunkte des gemeinen Civilrechts giebt es keine Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft in dem Sinne, daß in einem Prozesse die Beteiligung einer Person, die nicht durch die Klage aktiv oder passiv Partei geworden ist, prozessualisch erzwungen werden könnte. Auch kennt die CPrO. kein Mittel zur Erzwingung einer Streitgenossenschaft. Die gemeinrechtliche Doktrin spricht aber von exceptio plurium litis consortium, wenn der

Beklagte verlangen kann, daß der Kläger nicht allein sondern gemeinsam mit einem oder mehreren anderen klage, und wenn der Beklagte verlangen kann, daß er nur in Gemeinschaft mit einem oder mehreren anderen beklagt werde. In der ersten Gestalt wird die Einrede für die Fälle der l. 31 § 5 D. de aed. ed. 21, 1; l. 84 D. § 13 D. de. leg. I. und ähnliche, in der zweiten Gestalt für die Fälle behauptet, wo eine von mehreren solidarisch verpflichteten und unter sich regreßberechtigten Personen auf mehr als die entsprechende Quote belangt wird. Nach der überzeugenden Ausführung von Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht S. 394—402, ist jedoch die Annahme eine irrige, daß der Beklagte in diesen Fällen eine Streitgenossenschaft erzwingen könne. Dem einzelnen Kläger wird sein materielles Klagerecht bestritten, bzw. es wird bestritten, daß er die Erfüllung der Verbindlichkeit von dem Beklagten allein beanspruchen könne. Dies mag ihn veranlassen, die Mitberechtigten bzw. Mitverpflichteten heranzuziehen. Aber ein prozessualischer Zwang dazu besteht absolut nicht.

Gleichwohl darf nicht bezweifelt werden, daß das Gesetz, sich anschließend an eine althergebrachte, auch trotz Plancks Ausführung nicht allgemein aufgegebene Anschauungsweise [vgl. Wetzell § 63 bei Nr. 32 ff., Renaud S. 146] unter den Fällen, die es als solche notwendiger Streitgenossenschaft bezeichnet, die erwähnten Fälle der sog. exc. plur. litisc. gemeint hat, und daß folglich für diese Fälle die in Bem. Nr. 4 des näheren erörterte Dispositive gilt. — Aus dem preuß. Recht gehören hieher die Streitgenossenschaft der Miteigentümer an Sachen und Rechten und der Miterben: ALR. I 8 §§ 15—18, I 5 § 450, I 17 §§ 127, 151; die Streitgenossenschaft der Eheleute in Prozessen über das Eigentum an einem von der Frau dem Manne eingebrachten Grundstück [RG. 10. Juni 1885 Entsch. XIII Nr. 70 S. 291]; die Streitgenossenschaft mehrerer von den Eltern auf Unterhalt belangter Kinder (ALR. II 2 § 251) [RG. 13. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 88 S. 358 ff.]. Aus dem franz. Recht die Streitgenossenschaft in den Fällen des C. c. art. 1668—1670, 1685.

4. Die Dispositive des § 59 lautet: „Die säumigen Streitgenossenschaften werden als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.“ Daraus folgt:

a) In dem Termine, in welchem nur ein Streitgenosse erscheint, findet die Verhandlung mit diesem statt. Was der Erschienene thut bzw. unterläßt, gilt als von dem Nichterschienenen gethan bzw. unterlassen, wie wenn ersterer Prozeßbevollmächtigter des letzteren wäre. Auch Verzicht, Anerkenntnis, Geständnis, Einwilligung in eine Klagänderung [OLG. Köln Ztschr. f. d. CPr. VII S. 95] wirkt gegen den Nichterschienen; ob auch Vergleich, ist aus dem Civilrecht zu beurteilen. Ob der erschienene Streitgenosse dem Nichterschienenen wegen schlechter Prozeßführung zum Schadensersatz verbindlich wird, ist eine Sache für sich.

b) Die Vertretung des säumigen Streitgenossen durch den nicht säumigen gilt, solange die Streitgenossenschaft besteht. Dabei ist zu beachten, daß der Streitgenosse der Vorinstanz nicht notwendig auch Streitgenosse der Rechtsmittelinstanz ist. Ist die Streitgenossenschaft in der Rechtsmittelinstanz vorhanden, so gilt die Vertretung des Säumigen durch den Nichtsäumigen auch in der Rechtsmittelinstanz. Wegen Wahrung der Rechtsmittelfrist s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 472. — Andererseits erstreckt sich die Vertretungsbefugnis nicht auf außerprozessualische Handlungen; es kann also z. B. nicht ein Streitgenosse für den andern Zahlungen als Vertreter in Empfang nehmen.

c) Der säumige Streitgenosse kann als Partei des Prozesses nach § 132 zum persönlichen Erscheinen aufgefordert werden; derselbe kommt bei der Eideszuschiebung als Gegenpartei in Betracht; derselbe kann nach allgemeinen Grundsätzen auch für die nach seinem Ausbleiben erwachsenen Kosten haftbar gemacht werden (vgl. KPr. S. 25).

d) An den säumigen Streitgenossen erfolgen alle Zustellungen und Ladungen, welche

erfolgen müßten, falls er nicht säumig wäre; daher sind Schriftsätze, Urteile, Rechtsmitteleinlegungen ihm ebenso wie der erschienenen Partei zuzustellen (Abs. 2 des § 59).

e) Der säumige Streitgenosse kann sich, nachdem er einen Termin oder eine Frist versäumt hat, an dem späteren Verfahren jederzeit wieder beteiligen. Sobald er sich beteiligt, tritt die Dispositive des § 59 Abs. 1 nicht mehr ein. Hört die Beteiligung wieder auf, so wird der Nichtsäumige wieder als Vertreter des Säumigen anzusehen.

f) Das Urteil, welches auf Grund der Verhandlung mit dem Erschienenen ergeht, ist auch für den Nichterschienenen nicht Versäumnisurteil, kann daher nicht mit Einspruch angefochten werden.

g) Das Urteil ist auf den Namen auch des nichterschienenen Streitgenossen zu stellen; derselbe ist im Kostenpunkte berechtigt und verpflichtet.

§ 60.

Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu; er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die übrigen Streitgenossen laden.

Mot. S. 83, 84. KPr. S. 25, 512.

1. Ein Streitgenosse kann durch den andern nicht am Betrieb des Prozesses gehindert werden. Der Betrieb des Prozesses besteht in der Regel in Zustellung einer Ladung. Daß die Ladung den Gegnern des betreibenden Teils zugestellt werden muß, folgt aus dem Begriff der Ladung. Dieselbe muß aber auch an die auf Seite des betreibenden Teils stehenden Streitgenossen zugestellt werden, solange nicht eine Trennung des Verfahrens (§ 136) stattfand.

Die Vorschrift, daß auch die Streitgenossen des betreibenden Teils von diesem zu laden sind, bezieht sich auf die Fälle sowohl des § 58 wie des § 59. Auch dem im ersten Termin ausgebliebenen, daher nach § 59 von dem erschienenen Streitgenossen vertretenen Streitgenossen ist Ladung zu dem folgenden Termine zuzustellen, soweit eine Ladung zu dem betreffenden Termine überhaupt nötig ist. Zu verkündeten Terminen bedarf es sowenig einer Ladung der Streitgenossen als des Gegners (§ 195). — Auf die Ladungen, durch deren Zustellung eine höhere Instanz eingeleitet wird, bezieht sich die Vorschrift nicht; denn die Streitgenossen der Vorinstanz sind nicht notwendig Streitgenossen der Rechtsmittelinstanz. Sind sie aber Streitgenossen der Rechtsmittelinstanz geworden, so findet das Gebot der Ladung Anwendung.

2. Ist die im Schlußsatze des § 60 enthaltene Vorschrift nicht befolgt, so ist die Ladung auch dem Gegner gegenüber nicht ordnungsmäßig. Daraus ergiebt sich: a) Der betreibende Teil kann in dem Termine kein Versäumnisurteil gegen seinen Gegner erlangen (§ 300 Nr. 2). b) Der Gegner des betreibenden Teils kann gegen die nicht geladenen Genossen desselben kein Versäumnisurteil erwirken (§ 300 Nr. 2). c) Der Gegner des betreibenden Teils kann gegen den letzteren ein Versäumnisurteil nur erlangen, wenn nicht der Fall vorliegt, daß die Feststellung des Rechtsverhältnisses nur allen Streitgenossen gegenüber einheitlich erfolgen kann. Trifft letztere Voraussetzung zu, so kann die Ordnungswidrigkeit der Ladung nicht durch Unterlassung der Rüge geheilt werden. d) Das Gericht kann, wenn der betreibende Teil und dessen Gegner, aber nicht der Streitgenosse, erschienen ist, von Amtswegen auf Kosten des betreibenden Teils (§ 90) die Verhandlung vertagen. [Vgl Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 416 f., Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 380.]

3. Die Behandlung des von dem betreibenden Teil geladenen andern Streitgenossen, welcher am Termine ausbleibt, ist verschieden, je nachdem die Voraussetzungen des § 59 vorliegen oder nicht. Ersterenfalls wird der nicht erschienene Streitgenosse als durch den er-

schienenen vertreten angesehen. Anderenfalls kann der Gegner, obwohl nicht er sondern der Streitgenosse des nicht Erschienenen geladen hat, Versäumnisurteil gegen den nicht Erschienenen erlangen. [Vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 416].

Dritter Titel.

Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

Dieser Titel handelt von den Fällen, in welchen dritte Personen berechtigt sind, sich an einem Prozesse anderer Personen zu beteiligen. Dazu gehören die Hauptintervention (§§ 61, 62), die Nebenintervention (§§ 63—68), die Streitverkündung als Veranlassung zur Intervention (§§ 69—72) und die Benennung des Auktors (§ 73). — Die sog. gemischte Intervention des gem. Prozesses ist beseitigt. Die Garantieklage des franz. Prozeßrechts hat in dem Gesetze nicht Aufnahme gefunden. (Mot. S. 93, KPr. S. 27.) Auch die Beiladung (adcitatio, intervention forcé) ist in der CPrO. nicht als prozessualische Institution, sondern nur in §§ 60, 73 Abs. 1, 607 Abs. 3 und 753 Abs. 3 für Spezialfälle erwähnt. Daher ist Allg. LR. I 14 § 311 nicht mehr ausführbar [so auch Eccius (Förster) I § 56 N. 17 und II § 144 N. 84, A. Förster N. 2 zu § 63. AM. Dernburg Pr. PrR. I § 138 N. 15, Schmidt Meves S. 52].

§ 61.

Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde.

§ 62.

Der Hauptprozeß kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden.

Mot. S. 84 ff. KPr. S. 25, 412.

1. Litteratur: Wetzell § 64 (daselbst Note 1 sowie in N. * zu § 7 Angaben älterer Litteratur), Bayer § 42, Renaud § 153 N. 15 ff., Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 439 ff., J. Weismann über die geschichtliche Entwickelung der Hauptintervention Ztschr. der SavStiftung germ. Abt. I S. 191 ff., J. Weismann Hauptintervention und Streitgenossenschaft (Leipzig 1884), Kroll Klage und Einreden S. 166 ff., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 484 ff.

2. Die unter dem Namen Haupt(Prinzipal)intervention bekannte Prozeßinstitution wurde unter Einwirkung germanischen Prozeßrechts im italienischen und kanonischen Prozeß gewohnheitsrechtlich ausgebildet. Durch dieselbe wird gemeinschaftliche Verhandlung und Entscheidung über zwei (oder mehrere) in einem gewissen sachlichen Zusammenhang stehende Klagen und einheitliches für (mindestens) drei Parteien rechtskräftiges Urteil erreichbar. — Über die legislative Berechtigung der Institution s. Hann. Prot. Bd. III S. 700 ff., Mot. S. 84, KPr. S. 25; vgl. a. Renaud § 153.

3. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Hauptintervention:

a) Es muß ein Rechtsstreit (der Erstprozeß) bereits „anhängig" sein. Der Ausdruck „anhängig" bedeutet nichts anderes als der Ausdruck „rechtshängig" [vgl. Schwalbach Arch.

f. c. Pr. LXIV S. 261 N. 10. AM. Weismann Ztschr. d. SavStift. I S. 240 N. 162, 163a und Hauptintervention S. 164 N. 12]. Die Rechtshängigkeit tritt nach § 235 ein durch die Erhebung der Klage (auch Klagänderung, Incidentklage) oder Widerklage (auch Incidentwiderklage) gemäß §§ 231, 253, 254, 457, 460, 471, 636. Die Geltendmachung einer Forderung zur Kompensation begründet keine Rechtshängigkeit (s. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 136), daher ist keine Hauptintervention bezüglich der compensando geltend gemachten Forderung möglich [vgl. Weismann HJ. S. 165. AM. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 92 f.]. Die Hauptintervention ist zulässig sofort nach der Klagerhebung, nicht erst nach der Einlassung zur Hauptsache [wie Wach Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VII S. 137 u. Weismann Ztschr. d. SavStift. I S. 240 Nr. 162, 163a annehmen. In „Hauptintervention" S. 164 f. und N. 12 a. E. tritt Weismann übrigens von der früheren Ansicht zurück]. Von der Gültigkeit des die Rechtshängigkeit des Erstprozesses begründenden Aktes hängt die Zulässigkeit der Hauptintervention ab. Besteht im Erstprozeß ein Mangel an den Prozeßvoraussetzungen (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 247), so daß die Erstklage durch absolutio ab instantia zurückgewiesen werden muß, so ist auch die Interventionsklage als unzulässig zurückzüweisen [vgl. Weismann Hauptintervention S. 164 Nr. 13, S. 169 f.]. Die Hauptintervention ist auch zulässig, wenn die Erstklage im Urkunden- und Wechselprozeß erhoben ist; denn derartige Klage macht den materiellen Anspruch anhängig. Die Hauptintervention braucht sich nicht zu dieser Prozeßart zu eignen. — Die Hauptintervention ist nicht zulässig im Mahnverfahren [vgl. Weismann S. 163], ehe dasselbe in das Verfahren mit mündlicher Verhandlung übergeleitet ist. Hiernach ist Hauptintervention in den zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Sachen zulässig, wenn Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl oder Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl erhoben ist (arg. § 636, cf. § 640); in den zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Sachen dagegen erst, wenn nach Erhebung des Widerspruchs bezw. nach Zulassung des Einspruchs Klage zum Landgericht erhoben ist (§§ 637, 640). — Unzulässig ist die Hauptintervention in dem Arrest und einstweilige Verfügungen betreffenden Verfahren [vgl. Weismann HJ. S. 163 N. 10]. Da in diesem Verfahren nicht über das Bestehen des materiellen Anspruchs des Antragstellers, sondern nur über die prozessualische Befugnis, Arrest bzw. einstweilige Verfügung zu verlangen, entschieden wird, so fehlt es an der zur Hauptintervention nötigen Kollision zwischen dem Anspruch des Erstklägers und dem des Intervenienten (vgl. u. litt. b.) Undenkbar ist die Hauptintervention, wenn der Erstprozeß eine Ehesache (§ 568), eine Entmündigung oder ein Aufgebot betrifft, weil die nach litt. b erforderliche Kollision zwischen dem Anspruch des Klägers und des Intervenienten nicht vorkommen kann. AM. bezüglich der Klage auf Nichtigkeit einer Ehe Barazetti Bad. Ann. XLIX S. 368.] — Unmöglich ist Hauptintervention gegenüber einem im schiedsrichterlichen Verfahren anhängigen Erstprozeß, weil die Zuständigkeit des Schiedsgerichts sich auf den Erstprozeß beschränkt; § 61 bestimmt zwar die Zuständigkeit des Gerichts, bei welchem der Hauptprozeß anhängig wurde, für den Interventionsprozeß, aber, wie die Worte „in erster Instanz" beweisen, nur bezüglich der staatlichen Gerichte.

Die Rechtshängigkeit endigt durch rechtskräftiges (§ 645) unbedingtes Endurteil, welches auch Teilurteil nach §§ 273, 274 sein kann; durch Zurücknahme der Klage (§ 243) und Klagänderung, deren Zulässigkeit vorausgesetzt; endlich durch Vergleich. — Da im Falle der rechtskräftigen Verweisung an das zuständige Gericht nach §§ 249, 466, 467 der Rechtsstreit als bei dem Gericht, an welches verwiesen ist, anhängig gilt, so ist Hauptintervention auch nach der rechtskräftigen Verweisung noch möglich. — Wird nach eingetretener Rechtskraft des Urteils das Wiederaufnahmeverfahren anhängig, so wird auch wieder die Hauptintervention möglich. Doch fällt die Hauptintervention mit der Restitutions- oder Nichtigkeitsklage, falls

diese als unzulässig oder unbegründet zurückgewiesen wird. — Verzicht auf den Anspruch (§ 277) und Anerkenntnis (§ 278) beendigen die Rechtshängigkeit nicht; solange nicht auf Grund des Verzichts oder Anerkenntnisses Urteil erlassen und das Urteil rechtskräftig geworden ist, ist Hauptintervention möglich.

b) Der Anspruch, welcher in der Hauptintervention geltend gemacht wird, muß mit dem Anspruch der Erstklage kollidieren. α) Hauptintervention um die Sache, über welche im Erstprozeß gestritten wird. Über eine Sache ist Streit, wenn der Kläger sie vom Beklagten beansprucht. Kollision des Anspruchs des Intervenienten mit dem Anspruch des Erstklägers auf dieselbe Sache ist vorhanden, wenn der Anspruch des Intervenienten für den Fall, daß der Anspruch des Erstklägers erfüllt wäre, nicht mehr gegen den Erstbeklagten, sondern gegen den Erstkläger zu richten wäre. Daher kann bei dieser Art von Hauptintervention weder die Erstklage noch die Interventionsklage in ihrer Richtung gegen den Erstbeklagten Feststellungsklage, vielmehr muß die Erstklage wie die Interventionsklage entweder auf Haben der Sache oder auf Eintrag als Eigentümer in das Grundbuch gerichtet sein. [Von diesem Gesichtspunkt aus erklärt RG. 9. Jan. 1885 Entsch. XIV Nr. 96 S. 342 nach franz. R. eine HJ. des Hypothekengläubigers im Eigentumsprozesse für unzulässig.] Die Erstklage kann dingliche Klage (Eigentums-, publicianische, Servitutenklage, Klage aus Emphyteuse, Superficies, Pfandrecht, Lehenrecht), Besitzklage oder obligatorische Klage auf Spezies sein, wenn sie nur auf Haben der Sache (oder Grundbuchseintrag) gerichtet ist. Das Gleiche gilt von der Interventionsklage. Da die Hauptintervention dem Erstkläger gegenüber die Durchsetzung des Anspruchs auf die Sache bezweckt, so muß der Anspruch des Interventionsklägers auch gegen den Erstbeklagten durchsetzbar sein. Trifft diese Voraussetzung zu, so ist es gleichgültig, ob der Anspruch des Interventionsklägers sich auf ein Recht derselben oder einer anderen Art gründet; es kann sich die eine Klage auf dingliches, die andere auf obligatorisches Recht stützen [vgl. Weismann HJ. S. 25—33]. Übrigens redet das Gesetz zu eng nur von Klagen auf Sachen. Auch Ansprüche, welche die faktische Gewalt über Personen erstreben, z. B. die actio de liberis exhibendis, sind zur Begründung der Hauptintervention geeignet [Weismann a. a. O. S. 20]. β) Hauptintervention um Recht. Der Interventionskläger muß dasselbe Recht zu haben behaupten, welches der Erstkläger verfolgt. Das frühere gemeine Recht hat eine Hauptintervention wegen identischen Rechts nicht zugelassen. In der hannov. Kommission (Prot. XIII S. 4888 ff.) wurde die Ausdehnung auf Rechte beschlossen und späterhin beibehalten. Man dachte zunächst an den Fall, daß die Gläubigerposition zu einer aus einem bestimmten Thatbestande entspringenden Forderung, über welche zwischen A und B ein Rechtsstreit anhängig ist, von C in Anspruch genommen wird. Die Fassung des Gesetzes ist aber so allgemein, daß auch bei Kollision anderer als Forderungsrechte die Hauptintervention für zulässig zu erachten ist. — Das vom Erstkläger und das vom Interventionskläger beanspruchte Recht muß in dem Sinne identisch sein, daß beide dieselbe rechtliche Macht gegenüber dem Erstbeklagten beanspruchen und daß diese Macht nur einem von ihnen zustehen kann. Dabei wird also das Recht losgelöst gedacht von seinem Subjekte. Nicht identisch müssen die Klaganträge sein; es kann die eine Klage Feststellungs-, die andere Leistungsklage sein; es kann eine Differenz in Bezug auf die Petita bestehen. Es muß ein Recht gegen den Erstbeklagten behauptet und zugleich bestritten werden, daß dieses Recht dem Erstkläger zustehe. Sachenrechte sind identisch, wenn sie dasselbe Objekt betreffen und, wie Eigentum, Emphyteuse, Superficies, Lehnrecht, an einem Objekte ungeteilt nur einmal bestehen können. Das Gleiche gilt vom Besitz. Dingliche Rechte, welche an demselben Objekte mehrfach bestehen können, wie Servituten, sind nur identisch, wenn sie auf denselben objektiven Thatbestand als Entstehungsgrund zurückgeführt werden. — Die Identität

von Urheber- und ähnlichen Rechten ergiebt sich durch Identität des Objekts, weil sie an demselben Objekt nur einmal bestehen können. Die Identität des Forderungsrechts ergiebt sich aus der Identität des Entstehungsgrundes. Identität ist z. B. vorhanden, wenn streitig ist, ob ein bestimmter Vertrag ein Forderungsrecht für den Erstkläger oder für den Intervenienten begründet habe, ob zu einem aus einem konkreten Vertrag entsprungenen Forderungsrecht der Intervenient ausschließlich oder der Erstkläger solidarisch mitberechtigt sei, ob Succession in die Forderung stattgefunden habe, ob Pfandrecht, Nießbrauch an der Forderung bestehe. Familienrechte sind identisch, wenn das Objekt dasselbe ist; Erbrechte, wenn sie die Gesamtnachfolge in den Nachlaß desselben Erblassers betreffen; Vermächtnisrechte, wenn streitig ist, wem das Recht aus einer konkreten Vermächtnisverfügung zusteht [vgl. Weismann a. a. O. S. 33—40]. — In dem Prozesse, in welchem die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde verlangt wird, handelt es sich nur um die urteilsmäßige Feststellung einer Thatsache, nicht eines Rechts; daher ist in einem solchen Prozesse Hauptintervention nicht möglich.

4. Sind die Voraussetzungen zur Hauptintervention gegeben, so kann der dritte eine Interventionsklage erheben. Es bleibt ihm unbenommen, sein Recht gegen den Erstbeklagten allein bei dem nach allgemeinen Regeln zuständigen Gericht geltend zu machen; dann liegt keine Hauptintervention vor. [Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 417.] Will der dritte Hauptinterventionsklage erheben, so gelten für die Klagerhebung neben den allgemeinen Bestimmungen folgende prozessualische Regeln: a) Die Klage muß gegen die beiden Parteien des Erstprozesses (wenn ein vierter, fünfter &c. auftritt, immer gegen alle Parteien des Interventionsprozesses) gerichtet werden. Eine Klage, welche nur gegen eine der Parteien des Erstprozesses erhoben würde, wäre nicht Hauptintervention. Wegen Zustellung der Klage an die Prozeßbevollmächtigten der Parteien des Erstprozesses s. Bem. Nr. 3 a. E. zu § 162. b) Die Hauptinterventionsklage muß bei demjenigen Gerichte erhoben werden, bei welchem der Erst- oder Hauptprozeß in erster Instanz anhängig wurde. Dieses Gericht ist für die Interventionsklage zuständig, auch wenn bei demselben nach den allgemeinen Grundsätzen für die Klage sachliche Zuständigkeit oder Gerichtsstand nicht vorhanden wäre. Ebenso, wenn zwischen dem Interventionskläger und dem Erstkläger ein auf ein anderes Gericht lautender Prorogationsvertrag besteht [vgl. Kohler a. a. O. S. 493 ff.].

5. Sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Hauptintervention vorhanden und wird die Interventionsklage erhoben, so entsteht ein Prozeß unter drei Parteien — der Interventionsprozeß. Die beiden Parteien des Erstprozesses sind Streitgenossen als Beklagte des Interventionsprozesses. [AM. Kohler a. a. O. S. 488, welcher den Erstkläger nicht als Streitgenossen sondern als Intervenienten mit Parteirecht betrachtet.] Obwohl die Interventionsklage als solche gegen die beiden Parteien des Erstprozesses erhoben werden muß — sonst liegt nicht Hauptintervention vor —, so ist darum die Streitgenossenschaft noch keine notwendige im Sinne des § 59. Ob die Streitgenossenschaft eine notwendige in diesem Sinne ist, bestimmt sich nach dem materiellen Recht (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 59). Die prozessualische Vorschrift, daß eine Klage, um Interventionsklage zu sein, gegen die beiden Parteien des Erstprozesses erhoben werden müsse, berührt das materielle Recht nicht, da es ja in der Wahl des dritten steht, ob er Interventionsklage oder Einzelklage erheben will. [Vgl. Weismann a. a. O. S. 99 f., Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 120, RG. 10. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 83 S. 340. AM. Struckm. Koch N. 3, A. Förster N. 2b.] Ob aus der materiellen Rechtslage sich eine Streitgenossenschaft nach § 59 ergiebt, ist eine andere Frage und hängt davon ab, ob einheitliche Entscheidung über das materielle Rechtsverhältnis gegenüber den Streitgenossen nach den Grundsätzen des materiellen Rechts nötig ist (vgl. Bem. Nr. 3 ad b

zu § 59). Liegt nicht Streitgenossenschaft nach § 59 vor, so kann nach Ausscheiden eines Streitgenossen der Prozeß gegen den anderen allein fortgesetzt werden [vgl. RG. 10. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 83 S. 340]. Die Verhandlung und Entscheidung über den Interventionsprozeß ist gegenüber den beiden Interventionsbeklagten stets eine prozessualisch gemeinsame (unbeschadet der Möglichkeit materieller Divergenz). Trennung der Verhandlung gegen die einzelnen Streitgenossen kann nicht angeordnet werden [vgl. Weismann a. a. O. S. 65 ff.]. Das Urteil kann gegen den einen Feststellungs-, gegen den anderen kondemnatorisches Urteil sein [AM. Kohler a. a. O. S. 487 f.]. Das rechtskräftige Urteil begründet unter den drei Parteien die Wirkungen der die exceptio rei iudicatae; dasselbe ist gegen beide Streitgenossen vollstreckbar.

6. Verhältnis des Interventionsprozesses zum Haupt(Erst-)prozeß.

a) Der Haupt- und der Interventionsprozeß gehen selbständig neben einander her. Aber die ordnungsmäßige Intervention begründet für das Gericht die arbiträre Befugnis, nicht die Pflicht, den Erstprozeß auf Antrag einer der Parteien bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Interventionsprozesses auszusetzen (§ 62). Neben der durch § 62 dem Gericht eingeräumten Befugnis der Aussetzung auf Parteiantrag besteht die Befugnis, den Hauptprozeß auf Grund des § 139 von Amtswegen auszusetzen, wenn die Entscheidung des Hauptprozesses ganz oder teilweise von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand des Interventionsprozesses bildet (§ 139) [vgl. OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 222]. Form des Aussetzungsantrags und Verfahrens s. § 225. Anfechtung der Entscheidung s. § 229. Wirkung der Aussetzung s. § 226. Die Aussetzung endigt mit der Rechtskraft der Entscheidung über die HI., wenn nicht vorher die Aufhebung der Aussetzung beschlossen ward. Darüber s. Bem. Nr. 4 Abs. 2 zu § 141.

b) Wird im Erstprozeß ein Urteil erlassen, bevor der Interventionsprozeß entschieden ist, so ist das Urteil nach allgemeinen Grundsätzen vollstreckbar. Der Interventionskläger kann nicht schon um der Hauptintervention willen, sondern nur, wenn auch die Voraussetzungen des § 690 zutreffen (s. u. Bem. Nr. 7), Einstellung der Zwangsvollstreckung und bzw. Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln beantragen. Sonst kann der Interventionskläger zur Sicherung seines Anspruchs Arrest oder einstweilige Verfügung nach den Regeln der §§ 796 ff. in der Richtung gegen den Erstkläger oder gegen den Erstbeklagten oder gegen beide erwirken, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zu solchen Maßregeln vorliegen (vgl. Mot. S. 85).

c) Wird im Interventionsprozeß nach oder ohne Aussetzung des Hauptprozesses ein Urteil erlassen, ehe der Hauptprozeß entschieden ist, so ist auch dieses Urteil ohne Rücksicht auf den Hauptprozeß nach allgemeinen Regeln vollstreckbar. Ist es rechtskräftig, so ist damit der Hauptprozeß nicht beendigt; wohl aber kann jede der Parteien des Hauptprozesses das rechtskräftige Urteil als res indicata in dem Hauptprozesse geltend machen. Auf Grund eines Urteils im Interventionsprozeß, welches der Interventionsklage stattgiebt, kann also der Beklagte im Erstprozeß die Abweisung des Erstklägers fordern. Ist im Interventionsprozeß festgestellt, daß das Recht des Interventionsklägers nicht besteht, so darf sich der Beklagte im Erstprozeß nicht mehr auf das Bestehen dieses Rechts dem Erstkläger gegenüber berufen [Weismann a. a. O. S. 64 f.].

d) Wenn der Erstprozeß und der Interventionsprozeß in derselben Instanz anhängig sind, kann das Gericht nach § 138 die Verbindung der beiden Prozesse zum Zweck der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen. Durch solche Anordnung wird die Stellung der Parteien in den beiden Prozessen nicht verändert.

e) Der Hauptintervenient kann im Erstprozesse als Nebenintervenient des Erstbeklagten auftreten. Er kommt aber nicht schon durch die Hauptintervention in die Stellung eines

Nebeninterveniententen zum Erstbeklagten [wie Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 457 ff. für den früheren gem. Prozeß, wohl auch für diesen nicht richtig, annimmt]; auch nicht, wenn die Verbindung der beiden Prozesse angeordnet ist.

7. Die Hauptintervention ist von der sog. Exekutionsintervention (§ 690) begrifflich verschieden. Nicht darin liegt die Verschiedenheit, daß die Hauptintervention nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung, die Exekutionsintervention erst nach der rechtskräftigen Entscheidung des Hauptprozesses möglich ist, denn bei Exekution auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils ist Exekutionsintervention vor der Rechtskraft des Urteils möglich; sondern in der Verschiedenheit der Veranlassung und der Ziele. Während die Hauptintervention durch die Rechtshängigkeit eines Prozesses veranlaßt ist, dessen Entscheidung möglicherweise mit Ansprüchen des Intervenienten kollidiert, ist die Exekutionsintervention durch Vollstreckungshandlungen veranlaßt, welche mit dem Rechte des Exekutionsintervenienten an dem Exekutionsgegenstande in Kollision geraten. Während die Hauptintervention ein einheitliches Urteil unter drei Parteien über einen Gegenstand bzw. ein Recht herbeizuführen bezweckt, hat die Exekutionsintervention die Hemmung bzw. Aufhebung der Zwangsvollstreckung zum Ziel. Die beiden Arten von Intervention nähern sich in dem Falle, daß der Exekutionsgegenstand auch Streitgegenstand ist (z. B. es ist auf Herausgabe einer speziellen Sache geklagt und der Beklagte der Klagbitte gemäß verurteilt, darauf hat Naturalexekution nach § 769 begonnen); in diesem Falle hat der Beklagte, wenn das Urteil noch nicht rechtskräftig (also bloß vorläufig vollstreckbar) ist, die Wahl zwischen Hauptintervention und Exekutionsintervention.

§ 63.

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen.

Mot. S. 86. KPr. I S. 25, 512

1. Litteratur: Ältere s. bei Wetzell § 7 N. *. Neuere auf die d. CPrO. bezügliche: Schultze die rechtliche Stellung des Nebenintervenienten im Rechtsstreit Ztschr. f. d. CPr. II S. 20 ff. (auch SepAbd. Berlin 1880), Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 386 ff., Francke die Nebenparteien der d. CPrO. (Göttingen 1882), Kroll Klage und Einrede S. 170, v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 217 ff., Wach I §§ 54 ff., Hellmann Lehrb. S. 225 ff. Speziell über Intervention der außerehelichen Mutter im Alimentationsprozeß nach bad. LR.: Bad. Ann. XLVIII S. 317 ff., XLIX S. 233.

2. Die Motive bemerken: „Der Nebenintervention gehören im Gegensatze zur Hauptintervention die Fälle an, in denen der Intervenient nicht einen die Rechte der Parteien des Hauptprozesses auf den Streitgegenstand ausschließenden Anspruch verfolgt, sondern nur besorgt, daß die Entscheidung des Hauptprozesses auf eigene Rechte nachteilig einwirken könne, und in denen er sich daher auf die Seite der einen Hauptpartei stellt, um ihr in dem anhängigen Prozesse zu einem obsieglichen Urteile zu verhelfen.“

3. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Nebenintervention:

I. Es muß ein Rechtsstreit anhängig sein. Die Anhängigkeit beginnt gemäß § 235 mit der Erhebung der Klage (auch Klagänderung, Inzidentklage) oder Widerklage (auch Inzidentwiderklage) nach §§ 231, 253, 254, 457, 460, 461, 471, 636. Die Geltendmachung

einer Forderung zum Zwecke der Kompensation begründet keine Rechtshängigkeit dieser Forderung (s. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 136); daher ist bezüglich dieser Forderung keine Nebenintervention möglich [AM. Schollmeyer Kompensation S. 93 f.]. Im Urkunden- und Wechselprozeß, sowie im Eheprozeß ist NJ. zulässig. Nicht zulässig ist NJ. im Entmündigungsverfahren, solange nicht Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß (§§ 605, 624) oder Klage auf Aufhebung der Entmündigung (§§ 620, 626) erhoben ist, weil vorher kein zwischen Parteien anhängiger Rechtsstreit vorhanden ist. Zulässig ist NJ. im Mahnverfahren. Solange nicht Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl (§ 634) oder Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl (§ 640) erhoben ist, hat NJ. zu Gunsten des Gläubigers keinen Zweck. Zu Gunsten des Schuldners kann zugleich mit Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl oder mit Einlegung des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl interveniert werden. Nachdem Widerspruch bzw. Einspruch eingelegt ist, ist NJ. sowohl zu Gunsten des Gläubigers wie des Schuldners möglich. Nicht zulässig ist NJ. im Zwangsvollstreckungsverfahren, weil dasselbe jenseits eines anhängigen Rechtsstreites liegt, auch wenn die Rechtshängigkeit noch fortdauert. Zulässig ist die NJ. in dem aus Anlaß einer Zwangsvollstreckung sich ergebenden Rechtsstreite (z. B. §§ 690, 710, 764). In dem Arrest oder einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren besteht ein prozessualisches Hindernis gegen NJ. nicht, sobald es in diesem Verfahren zu mündlicher Verhandlung kommt [vgl. Wach I S. 632. AM. Francke a. a. O. S. 4 aus dem formalen Grunde, daß das betr. Verfahren in der CPrO. unter „Zwangsvollstreckung" stehe]; aber das Interventionsinteresse (s. u. Ziff. III) wird, da im Arrestprozesse und bei einstw. Verfügung nicht über Bestehen oder Nichtbestehen eines materiellen Rechts zu entscheiden ist, selten vorhanden sein.

Unzulässig ist NJ. im Aufgebotsverfahren vor Erhebung der Anfechtungsklage (§ 834), weil vorher keine „Parteien" da sind. Zulässig ist NJ. im schiedsrichterlichen Verfahren [AM. Francke a. a. O. S. 5], doch sind die für NJ. aufgestellten Regeln der CPrO. so wenig wie andere prozessualische Regeln für das Schiedsgericht maßgebend.

Wegen Beendigung der Rechtshängigkeit s. Bem. Nr. 3 litt. a Abs. 2 zu §§ 61, 62. Die NJ. ist während der Rechtshängigkeit in jedem Prozeßstadium zulässig. Sie kann mit Einlegung des Einspruchs oder Rechtsmittels verbunden werden (vgl. Bem. Nr. 2 litt. e zu § 64 und Bem. Nr. 2 litt. b zu § 472.

II. Der Rechtsstreit muß zwischen anderen Personen anhängig sein. Daher keine NJ. des Vertretenen in dem von seinem gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten für ihn geführten Prozesse. Ist die offene Handelsgesellschaft kein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, so kann hiernach den einzelnen Gesellschaftern kein Interventionsrecht in den Prozessen der Gesellschaft zustehen, denn jeder Gesellschafter ist bereits im Prozesse durch den prozeßführenden Gesellschafter vertreten [vgl. Wach I S. 530 und 631]. Ist die offene Handelsgesellschaft dagegen ein von den Gesellschaftern verschiedenes Prozeßsubjekt, so besteht von dieser Seite her kein Bedenken gegen die NJ. des einzelnen Gesellschafters, denn nicht er, sondern die Gesellschaft wird von dem den Prozeß führenden Socius vertreten. [Ein Interventionsrecht nehmen an Behrend Lehrb. d. HR. I S. 527 (hier auch Litt.) sowie RG. 9. Juli 1881 Entsch. V Nr. 16 S. 70 ff. und zwar trotzdem, daß sie der Gesellschaft juristische Persönlichkeit nicht zuerkennen.] Ob der einzelne Konkursgläubiger in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen interventionsberechtigt ist, hängt von der Antwort auf die Frage ab, ob der Konkursverwalter Vertreter der Gläubiger oder des Gemeinschuldners ist. Ist er Vertreter der Gläubiger, so kann der einzelne nicht intervenieren; anderenfalls ist NJ. derselben nicht ausgeschlossen. Über die Stellung des Konkursverwalters vgl. insbes. L. Seuffert zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts (1888) I S. 89 ff., 149 ff. Speziell über Interventionsrecht eines Konkursgläubigers in dem Anfechtungs-

prozesse des Verwalters vgl. Francke a. a. O. S. 13, Prot. d. RTKomm. z. Beratung der KO. S. 26, Fitting KR. S. 157, Petersen KO. S. 162, Hullmann KO. § 29 N. 3, Wilmowski KO. § 29 N. 2, Schultze KR. S. 68 f.

III. Der Nebenintervenient muß an dem Obsiege einer Partei in dem anhängigen Rechtsstreit ein „rechtliches Interesse" haben.

Die Motive bemerken dazu: „Ob der Fall eines solchen rechtlichen Interesses vorliegt, entscheidet das bürgerliche Recht. Da die Prozeßordnung in dem Geltungsbereiche weit auseinander gehender Civilrechte gelten soll, so war die Gestattung der Nebenintervention in möglichst weitem Umfange ein entschiedenes Bedürfnis. In dieser Beziehung folgt der Entwurf der Preuß. AGO. I 18 § 2, dem Preuß. Entw. § 719, dem nordd. Entw. § 100 und dem franz. Rechte (vgl. Carré et Chauveau Adolphe, lois de la proced. civ. et administr. 4 ed. III pag. 201) und deckt insbesondere die weitgehende Berechtigung zur Nebenintervention nach dem C. c. art. 1166 (Carré et Chauveau l. c. III pag. 203—205)."

Diese Bemerkung ist nicht dahin zu verstehen, als ob die NI. auf die Fälle beschränkt sei, in welchen das bürgerliche Recht eine Interventionsbefugnis direkt anerkennt, sondern dahin, daß die Frage, ob ein Interventionsinteresse vorhanden sei, nach dem bürgerlichen Recht zu beantworten ist.

„Rechtliches Interesse" an dem Obsiege einer bestimmten Partei in dem anhängigen Prozesse hat der dritte, dessen privatrechtliche Verhältnisse durch eine zu Ungunsten dieser Partei lautende Entscheidung nachteilig beeinflußt würden [vgl. Schultze a. a. O. S. 34, Francke a. a. O. S. 14, Wach I S. 617 ff., RG. 16. Juni 1884 Entsch. XIV Nr. 123 S. 436]. Das Interesse muß nicht Vermögensinteresse sein, es kann auch auf dem Gebiete des Familienrechts liegen. Veranlassung z. NI. ist daher gegeben:

a) wenn der in dem Prozeß ergehenden Entscheidung die Wirkungen oder eine der Wirkungen der res iudicata im Verhältnis zwischen dem Intervenienten und dem Gegner der unterstützten Partei zukommen. Nach Reichsrecht gehören hierher die Fälle der CPrO. §§ 73 Abs. 4, 236 Abs. 2, 753 Abs. 4 (cf. § 740) sowie der KO. § 135 [darüber Wach I S. 623 f.] und des HGB. Art. 190a Abs. 5 vgl. mit Art. 222. Ferner die Fälle des Art. 194, 195, 223 des HGB.; denn wenn auch in diesen letzteren Artikeln die Erstreckung der Rechtskraft der Entscheidung auf die Kommanditisten bzw. Aktionäre nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, so ergiebt sich dieselbe doch aus dem Gegenstand dieser Prozesse. In Abs. 2 des Art. 194, Abs. 3 des Art. 195 vgl. Art. 226 des HGB. in früherer Fassung war das Interventionsrecht der Kommanditisten bzw. Aktionäre ausdrücklich statuiert. Die betreffenden, noch in dem Entw. der sog. Aktiennovelle enthaltenen Absätze wurden in der Komm. d. RT. als überflüssig gestrichen, weil das Interventionsrecht aus der CPrO. folge. [Vgl. a. Wach I § 55 N. 36.] Es gehört ferner hierher der Fall des § 29 des RG. v. 4. Juli 1868, betr. die privatrechtl. Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, in dessen Abs. 2 überdies die Interventionsbefugnis der Genossenschafter ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. EG. z. CPrO. § 13). Wenn man annimmt, daß die NI. des Gesellschafters in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft nicht durch die ad I erörterte Rechtsregel ausgeschlossen ist und daß die im Prozesse der Gesellschaft ergangene Entscheidung gegenüber den Gesellschaftern Rechtskraftwirkungen hat — eine Frage, welche bestritten aber wohl zu bejahen ist [vgl. Wach I S. 529 und Gierke Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 595 f., daselbst auch Litt. und Rechtsprechung] —, so gehört dieser Interventionsfall auch hierher. — Die Fälle, in welchen nach gem. Recht das Urteil alle oder einzelne Rechtskraftwirkungen für oder gegen Dritte hat, s. bei Windscheid Pand. I § 132, Dernburg Pand. I § 164, dazu II Feud. tit. 26 § 23. Über Preuß. ALR. vgl. Dernburg Pr. PrR. I § 138; über rhein.-franz. Recht vgl. Petersen

S. 125. Eine Erstreckung der Rechtskraft der im Prozesse einer juristischen Person erlassenen Entscheidung auf die Mitglieder ist weder nach gemeinem noch nach Partikularrecht anzunehmen [vgl. dazu Wach I § 55 N. 36]. Eine andere Frage ist, ob nicht aus anderem Grunde sich ein Interventionsrecht ergeben kann.

b) Wenn die Entscheidung, ohne zwischen dem Intervenienten und dem Gegner der unterstützten Partei materielle Rechtskraft zu haben, doch in einem Prozesse zwischen dem Intervenienten und dem Gegner der unterstützten Partei als Beweisgrund gegen den Intervenienten benutzt werden könnte. Daher kann der Bürge in dem Prozesse des Gläubigers gegen den Schuldner zu Gunsten des letzteren intervenieren (l. 5 pr. D. de appell. 49, 1); der Miterbe in dem Prozesse des Miterben über die Gültigkeit des Testaments, über das Bestehen einer Nachlaßforderung oder -schuld, über die Zugehörigkeit einer Sache zum Nachlaß (vgl. l. 5 pr. D. de appell. 49, 1); die Ehefrau in dem Prozesse des Ehemannes über das Totalvermögen; der Gläubiger in dem Prozesse, in dem ein Anderer als Gläubiger dieselbe Forderung geltend macht (vgl. § 72) 2c.

c) Wenn die Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Intervenienten zu der unterstützten Partei von Einfluß ist, weil der Intervenient für den Fall des Unterliegens der unterstützten Partei dieser zur Gewährleistung oder Schadloshaltung verpflichtet ist. Daher kann z. B. intervenieren der evictionspflichtige Verkäufer zu Gunsten des Käufers in dem Streite um die verkaufte Sache (l. 4 § 3 D. de appell. 49, 1); der Verpfänder zu Gunsten des Pfandnehmers in dem Streite um die verpfändete Sache; der Hauptschuldner zu Gunsten des vom Gläubiger verklagten Bürgen (l. 8 § 8 D. mand. 17, 1); der für die Existenz der Forderung haftende Cedent zu Gunsten des Cessionars; der Miterbe zu Gunsten des wegen einer unteilbaren Erbschaftsschuld belangten Miterben 2c. 2c.

4. Über Streitverkündung als Veranlassung zur Nebenintervention s. § 71. Eine Nötigung zur Nebenintervention kennt die CPrO. nicht. Vgl. Bem. vor § 61.

§ 64.

Der Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.

Mot. S. 86, 87. KPr. S. 25, 26, 512.

1. § 64 bestimmt die Stellung des Nebenintervenienten im (Haupt-) Prozeß. Die Vorschriften des § 64 modifizieren sich, wenn die Rechtskraft der in dem Hauptprozeß erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, in Gemäßheit des § 66. Hier ist zunächst die prozessualische Stellung des Nebenintervenienten in dem Regelfalle des § 64 darzulegen. Dieser (der sog. „unselbständige") Nebenintervenient ist, wie im früheren gemeinen Prozeß, Vertreter der Prozeßpartei kraft eigenen Rechts zum Zwecke der Herbeiführung des Sieges der Hauptpartei in dem anhängigen Prozesse. In der Ausübung der Vertretungsbefugnis ist er beschränkt durch den positiven Widerspruch der Hauptpartei. [So Schultze a. a. O. S. 83 ff., Francke a. a. O. S. 121 f., Petersen 2. Aufl. S. 125, annähernd auch Struckm. Koch 5. Aufl. N. 1, Wilm. Levy 4. Aufl. N. 1, Hellmann Lehrb. S. 229. Nur als Beistand (§ 86) betrachten den Nebenintervenienten Gaupp, v. Sarwey, Siebenhaar, Kleiner zu § 64. Wach I S. 615,

637 ff. bezeichnet den Nebenintervenienten als „Teilnehmer am Prozeß (socius), Gehülfen der Partei zu eigenem Recht, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung". Da Wach anerkennt, daß der Nebenintervenient befugt ist, für die säumige Partei zu handeln, so steht er trotz der abweichenden Formulierung der oben vertretenen Ansicht nahe.]

2. Aus der in Bem. Nr. 1 angenommenen Ansicht über die Stellung des Nebenintervenienten in dem Regelfalle des § 64 folgt:

a) Der Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, wie er sich zur Zeit seines Beitritts befindet. Er kann auf die durch Teil- oder Zwischenurteile erledigten Streitpunkte überhaupt nicht mehr zurückgreifen; er kann Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorbringen, mit welchen die Prozeßpartei durch Verzicht, Versäumnis, Zwischenurteil bereits zur Zeit seines Beitritts ausgeschlossen war.

b) Der Nebenintervenient kann die Behauptungen des Gegners bestreiten; wenn aber die Hauptpartei ein gerichtliches Geständnis ablegt (nicht schon, wenn die Hauptpartei sich nicht erklärt), so ist sein Bestreiten bedeutungslos. Der Nebenintervenient kann die Behauptungen des Gegners zugestehen; werden dieselben aber von der Hauptpartei bestritten, so ist das Geständnis des Intervenienten, abgesehen von etwaiger Verwertung bei der Beweiswürdigung, ohne Bedeutung.

c) Der Nebenintervenient kann, immer vorbehaltlich der Hemmung durch Widerspruch der unterstützten (Haupt-) Partei, alle prozessualischen und materiellrechtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen, welche der Hauptpartei zustehen. Er kann also auch (vorbehaltlich des Widerspruchs) eine Forderung der unterstützten Partei gegen den Gegner compensando geltend machen [AM. Schollmeyer die Kompensationseinrede im Prozeß S. 87 ff. auf Grund der Annahme, daß die Kompensationseinrede eine „unentwickelte Widerklage" sei]. Dagegen kann der Nebenintervenient nicht eigene Rechte als Angriffs- oder Verteidigungsmittel benutzen. So kann er z. B. nicht sein Recht zur Stütze der Klage der unterstützten Partei verwenden [vgl. RG. 28. Jan. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 944]; er kann nicht eine Kompensationseinrede gestützt auf eine ihm zustehende Forderung vorbringen. Verzicht des Nebenintervenienten auf Angriffs- und Verteidigungsmittel bindet die Hauptpartei nicht.

d) Der Nebenintervenient kann Beweis antreten, insbesondere dem Gegner Eide zuschieben; er kann Eideserklärungen abgeben, den Eid zurückschieben, Editionsanträge stellen (näheres s. Bem. Nr. 1 zu § 386 und Bem. Nr. 2 zu § 393), solange nicht positiver Widerspruch der Hauptpartei erfolgt oder die Erklärung der Hauptpartei die Handlung des Nebenintervenienten durchkreuzt. Erklärt z. B. die Hauptpartei die Annahme eines Eides, so kann der Nebenintervenient denselben nicht zurückschieben. Dem Nebenintervenienten in der Normalstellung des § 64 kann kein Haupteid zu- oder zurückgeschoben werden können (vgl. jedoch Bem. Nr. 2 litt. c zu § 415); ebensowenig kann ihm ein richterlicher Eid auferlegt werden [so auch Schultze a. a. O. S. 90, Francke a. a. O. S. 118, Wach I S. 643]. Editionsanträge innerhalb des Prozesses sind gegen ihn nicht zulässig (näheres s. Bem. Nr. 1 zu § 386 und Bem. Nr. 1 zu § 393). Der Nebenintervenient in der Stellung des § 64 ist nicht unfähig, als Zeuge oder Sachverständiger in dem Prozesse vernommen zu werden (vgl. Bem. Nr. 1 vor § 338); natürlich fällt er als Zeuge unter § 358 Nr. 4.

e) Der Nebenintervenient kann den Prozeß durch Ladung des Gegners und der unterstützten Partei betreiben. Er ist zu den Terminen zu laden, welche nach erfolgtem Beitritt (§ 67) auf Betreiben des Gegners oder der unterstützten Partei bestimmt werden. Er kann Urteile zustellen [RG. 28. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 102 S. 411], Einspruch und Rechtsmittel namens der Hauptpartei einlegen, solange diese nicht darauf verzichtet hat oder

Widerspruch erhebt. Bloße Versäumung der Frist durch die Hauptpartei ist noch kein Verzicht [so auch RG. 30. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 123 S. 398, OLG. Karlsruhe SA. XXXIX Nr. 137, vgl. auch die UU. in Ztschr. f. d. CPr. IV S. 455, VI S. 480, VII S. 836]. Der Intervenient muß die der Hauptpartei laufenden Fristen einhalten. Näheres hierüber s. Bem. Nr. 1 litt. d und Nr. 2 litt. b zu § 477.

f) Der Nebenintervenient kann für die nicht erschienene Hauptpartei handeln [so auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Schultze a. a. O. S. 20 ff., 88 ff., Francke a. a. O. S. 116 ff., Wach I S. 640, RG. in Blums Ann. IV S. 325, OLG. Jena SA. XXXVII Nr. 338. AM. v. Sarwey I S. 133, Gaupp I S. 219, Kleiner I S. 339, Siebenhaar S. 114].

g) Der Nebenintervenient kann, weil er nicht Prozeßpartei sondern Vertreter zum Zwecke der Herbeiführung des Sieges der Hauptpartei in dem anhängigen Prozesse ist, nicht die Klage zurücknehmen, ändern oder erweitern; er kann nicht auf den Anspruch der Hauptpartei verzichten, nicht den Anspruch des Gegners anerkennen, nicht einen Vergleich schließen, nicht die Zwangsvollstreckung betreiben. Aus den gleichen Gründen kann er keine Inzidentfeststellungsklage oder -widerklage (§ 253), überhaupt keine Widerklage erheben [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 78]; es kann gegen ihn keine Inzidentklage und überhaupt keine Widerklage erhoben werden. Der Nebenintervenient kann die Hauptpartei nicht in außerprozessualischen Handlungen, wie z. B. Zahlungsempfang, vertreten.

h) Dem Nebenintervenienten kann in der Hauptsache nichts zugesprochen werden. Er kann in der Hauptsache nicht verurteilt werden. Wegen seines prozessualischen Anspruchs auf Kostenersatz und seiner Haftung für Kosten s. § 96.

3. Der Widerspruch, durch welchen die prozessualischen Handlungen des Intervenienten gehemmt werden, kann nur in positiven Handlungen (Erklärungen), nicht in bloßen Unterlassungen, liegen. Der Widerspruch braucht aber nicht ein ausdrücklicher zu sein. Die Handlung des Nebenintervenienten wirkt solange, bis ein Widerspruch erfolgt; der Widerspruch kann erfolgen bis zum Schlusse der Verhandlung, soweit nicht durch Zwischen- oder bedingte Urteile schon vorher eine Fixierung des betreffenden Prozeßstoffs eingetreten ist.

4. Der Nebentintervenient kann sich durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten lassen. In Anwaltsprozessen besteht für ihn der Anwaltszwang. Der Nebenintervenient kann sich durch den Bevollmächtigten vertreten lassen, welcher die unterstützte Hauptpartei vertritt.

5. In den Prozeß an Stelle der unterstützten Partei eintreten kann der Nebenintervenient nur, wenn sowohl diese als der Gegner einwilligt. Besonderes enthält § 73 Abs. 3.

§ 65.

Der Nebenintervenient wird im Verhältnisse zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, daß die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

Mot S. 87, 88. KPr. S. 26, 512.

1. § 65 bestimmt die Wirkungen der Nebenintervention auf das Rechtsverhältnis

zwischen dem Intervenienten und der unterstützten Partei. Darüber bestehende Bestimmungen des materiellen Rechts, mögen dieselben weiter oder nicht soweit gehende Wirkungen statuieren, sind außer Kraft gesetzt.

2. Die Wirkungen der Nebenintervention sind:

a) Der Intervenient wird mit der Behauptung ausgeschlossen, daß der Prozeß unrichtig entschieden sei. Diese Präklusion tritt ein ohne Rücksicht darauf, in welchem Prozeßstadium die Intervention erfolgte; also auch, wenn der Prozeß bereits soweit vorgerückt war, daß eine Einwirkung auf dessen Entscheidung faktisch unmöglich war. Diese Präklusion ist nur bedingt durch den Beitritt als Nebenintervenient, tritt also auch ein, wenn der Nebenintervenient durch Widerspruch der Hauptpartei in seiner prozessualischen Aktion gehemmt war. Anderseits tritt diese Wirkung nur ein, wenn nach dem Beitritt des Nebenintervenienten eine *Entscheidung* gefällt wurde. Auch ist nur die Behauptung, daß der Prozeß so, *wie derselbe dem Richter vorgelegen habe*, unrichtig entschieden sei, ausgeschlossen; der Intervenient ist nicht gehindert, darzuthun, daß eine andere Klage oder Verteidigung besseren Erfolg gehabt hätte.

b) Der Intervenient wird mit der Einrede der mangelhaften Prozeßführung der Hauptpartei, der sog. exceptio mali processus, ausgeschlossen. Diese Wirkung tritt nicht ein, soweit der Nebenintervenient durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei — z. B. Geständnisse, Verzichte, Anerkennntnisse, Zurücknahme von Klage, Widerspruch gegen Einspruch oder Rechtsmittel ꝛc. — verhindert ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder soweit Angriffs- oder Verteidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind. Unter Angriffs- und Verteidigungsmitteln sind hier auch Beweismittel zu verstehen. Der Intervenient muß darthun, daß die Verhinderung die Folge gehabt hat, daß ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht benutzt werden konnte.

3. Die angeführten Wirkungen der Nebenintervention treten auch in den Fällen des § 66 ein [Francke a. a. O. S. 128; vgl. auch Wilm. Levy Nr. 1 g. E. zu § 166]. Sie treten ein, auch wenn der Intervenient vom Prozeß wieder zurücktrat; nicht aber, wenn der Interventionsversuch zurückgewiesen wurde (§ 68).

§ 66.

Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozeß erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis der Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei.

Mot. S. 88. KPr. S. 26, 512

1. Der § 66 gewährt dem Nebenintervenienten eine selbständigere Stellung, als sie ihm nach der Regel (§ 64) zukommt, wenn nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozeß erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist. Es ist nicht ganz klar, welche Fälle gemeint sind. Die Entstehungsgeschichte des Paragraphen [vgl. Pr. E. § 723. NE. § 103, E. I § 65, Ent. II und III § 66; dazu Schultze a. a. O. S. 78 ff., Wach I S. 647 N. 1] läßt als wahrscheinlich erscheinen, daß nur die in Bem. Nr. 3 III litt. a zu § 63 aufgeführten Fällen (mit Ausnahme des Falles des § 236 f. Abs. 2 des § 236), in denen das Urteil Rechtskraftwirkungen im technischen Sinn im Verhältnis zwischen dem Nebenintervenienten und dem Gegner der unterstützten Partei hat, — nicht auch die in Bem. Nr. 3

III litt. b aufgeführten Fälle, wo das Urteil nur als Beweisgrund bedeutsam ist — hierher gehören. Die Mot. zu Entw. III bemerken:

„Es gehören unter diesen § die Fälle, in welchen das Recht oder die Verbindlichkeit des Nebenintervenienten durch das Bestehen des Rechts oder der Verbindlichkeit einer im Prozesse befindlichen Partei bedingt ist. (Leonhardt B. P. O. § 46 Anm. 3). Ein Beispiel geben l. 50 § 1 de legat. I; l. 14 D. de appell. 49, 1 und das Preuß. ALR. I 12 § 298 für einen Prozeß zwischen dem Testaments- und Intestaterben über die Gültigkeit eines Testaments, wenn dem ersteren der Legatar beitritt."

Das Beispiel paßt, wenn man annimmt, daß dem Rechte des Legatars durch die Ungültigkeitserklärung des Testaments im Prozesse zwischen Testaments- und Intestaterben auch in der Richtung gegen den letzteren präjudiziert wird, was allerdings aus den cit. Pandektenstellen für das gem. Recht [vgl. Windscheid I § 132 N. 8. AM. Schultze a. a. O. S. 40 f. und wohl auch Wach I S. 646] sowie aus der cit. Stelle des ALR. für das preuß. Recht zu folgern sein dürfte. [Irrtümlich Francke S. 99 f., welcher den Satz heranzieht, daß der Sieger im Erbschaftsprozeß das Urteil gegen sich gelten lassen muß, wenn er vom Legatar oder Erbschaftsgläubiger belangt wird. Daraus ergiebt sich gar kein Interventionsrecht; vgl. Wach I S. 648 N. 2].

2. Trifft die in Bem. 1 besprochene Voraussetzung zu, so gilt der Nebenintervenient nach dem Wortlaute des Gesetzes als Streitgenosse im Sinne des § 58. Es fragt sich, wie das zu verstehen ist. Soll der Nebenintervenient in diesem Falle, wirklicher Streitgenosse, also Hauptpartei, werden? oder soll er, in der Rolle der Nebenpartei verbleibend, nur in Bezug auf seine prozessualische Thätigkeit selbständig wie ein Streitgenosse und unabhängig von dem Widerspruche der unterstützten Partei sein? Wäre ersteres anzunehmen, so würde die Nebenintervention im Falle des § 66 zu einer Klagenhäufung im Laufe des Prozesses; das Urteil müßte auf den Namen des Intervenienten als Hauptpartei gestellt werden; der dem Kläger beitretende Intervenient müßte bei Verurteilung des Gegners exekutionsberechtigt sein; der dem Beklagten beitretende Nebenintervenient müßte nach Umständen mitverurteilt werden können. Daß diese Konsequenzen schlechthin unannehmbar wären, läßt sich nicht behaupten. Aber es ist nicht zu verkennen, daß damit die Intervention im Falle des § 66 zu einem von der Intervention des § 64 ganz verschiedenen Prozeßinstitution würde und daß auf diese Institution der Name Nebenintervention nicht mehr paßte. Man wird sich daher entschließen müssen, die Worte des Gesetzes nicht zu pressen und sie dahin zu verstehen, daß der Intervenient im Falle des § 66, ohne Hauptpartei zu werden, in Bezug auf seine prozessualische Thätigkeit selbständig wie ein Streitgenosse ist. [Vgl. Schultze a. a. O. S. 97 ff., v. Amelunxen notwendige Streitgenossenschaft S. 76 ff., Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 78 N. 99, Schollmeyer Zwischenstreit S. 95, v. Kries Rechtsmittel S. 34, und wohl auch Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 485 N. 9 im Gegensatz zu der früher KVSchr. XXII S. 387 geäußerten Ansicht. Mehr oder weniger abweichend Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Petersen S. 131, v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 228, Francke a. a. O. S. 115, Wach I S. 648 ff., Hellmann Lehrb. S. 237.]

Das Citat des § 58 ergiebt die prozessualische Selbständigkeit des Intervenienten. Da aber der § 58 in den Worten „soweit nicht aus den Vorschriften dieses Gesetzes ein anderes sich ergiebt" den § 59 vorbehält, so ist damit die Anwendbarkeit auch des § 59 im Verhältnis zwischen dem Nebenintervenienten und der Hauptpartei verordnet, wenn die Voraussetzungen des § 59 gegeben sind (s. jedoch Bem. N. 3 litt. f.). Letzteres wird, soviel sich übersehen läßt, stets der Fall sein. [Wach I S. 651 und Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 488 N. 17 nehmen an, daß § 58 irrtümlich anstatt des § 59 citiert sei; v. Canstein Ztschr.

s. d. CPr. VIII S. 238, daß § 59 neben § 58 zu citieren gewesen sei. Weder das eine noch das andere dürfte richtig sein].

3. Aus der angenommenen Auslegung des § 66 folgt:

a) Bem. Nr. 2 litt. a zu § 64 findet auf den Nebenintervenienten des § 66 Anwendung.

b) Bestreitet der Nebenintervenient des § 66 eine Behauptung des Gegners, welche von der unterstützten Partei zugestanden wird, so ist die Behauptung nicht als zugestanden zu betrachten (vgl. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 58). Ebenso, wenn der Intervenient Thatsachen zugesteht, welche die unterstützte Partei bestreitet.

c) Bem. Nr. 2 litt. c zu § 64 findet auf den Nebenintervenienten des § 66 mit dem Abmaße Anwendung, daß derselbe nicht durch Widerspruch der unterstützten Partei gehemmt werden kann.

d) Der Nebenintervenient des § 66 kann selbständig Beweis antreten. Er kann Editionsanträge stellen und ist editionspflichtig wie die unterstützte Hauptpartei (näheres s. Bem. Nr. 1 zu § 386 und Bem. Nr. 2 zu § 393). Er kann Eide zuschieben und Erklärungen auf die Eideszuschiebungen abgeben. Ihm kann der Eid zugeschoben und zurückgeschoben werden (§ 414). Auf die Eideszuschiebung, Eideserklärung und Eidesleistung findet § 434 entsprechende Anwendung, da einheitlich entschieden werden muß. Dem Nebenintervenienten des § 66 kann auch richterlicher Eid auferlegt werden; § 438 findet entsprechende Anwendung. Der Nebenintervenient des § 66 ist unfähig, in dem Prozesse Zeuge oder Sachverständiger zu sein, weil ihm der Eid zu- und zurückgeschoben werden kann (s. Bem. Nr. 1 vor § 338).

e) Bem. Nr. 2 litt. e zu § 64 findet auf den Intervenienten des § 66 mit dem Abmaße Anwendung, daß derselbe unabhängig von dem Widerspruche der Hauptpartei ist. Wegen des Fristenlaufs s. Bem. Nr. 1 litt. d und Nr. 2 litt. b zu § 477.

f) Der Nebenintervenient des § 66 kann für die nicht erschienene Hauptpartei handeln; das folgt aus seiner Stellung als Nebenintervenient und aus § 59. Nicht aber kann die unterstützte Hauptpartei als Vertreterin des nicht erschienenen Intervenienten auftreten. Das wäre Vertretung des Vertreters durch den Vertretenen oder, wenn man den Intervenienten als Gehülfen (Beistand) betrachtet, ein sich-selbst-helfen. Allerdings ergeht gegen den nicht erschienenen Intervenienten kein Versäumnisurteil zur Sache; aber nicht, weil er vertreten, sondern weil er nicht Partei ist.

g) Bem. Nr. 2 litt. g zu § 64 findet auf den Nebenintervenienten des § 66 Anwendung.

h) Auch dem Nebenintervenienten des § 66 kann in der Hauptsache nichts zugesprochen, er kann in der Hauptsache nicht verurteilt werden. Wegen der Prozeßkosten s. § 96 Abs. 2.

§ 67.

Der Beitritt des Nebenintervenienten erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreits,

2) die bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat,

3) die Erklärung des Beitritts.

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze Anwendung.

KPr. S. 26, 512.

1. Die ordnungsmäßige Form der Nebenintervention ist die Zustellung eines den Vor-

schriften des § 67 entsprechenden Schriftsatzes. Dieser Schriftsatz ist beiden Parteien zuzustellen [vgl. RG. 15. Jan. 1886 Entsch. XV Nr. 109 S. 397, OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 59]. Für die Interventionsschrift besteht in den bei den Landgerichten oder höheren Gerichten anhängigen Prozessen Anwaltszwang (§ 74); im Verfahren vor den Amtsgerichten kann die NJ. zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt und das Protokoll zugestellt werden (§§ 457, 458, 462).

Wegen Angabe des „Interesses" vgl. Bem. Nr. 3 Ziff. III zu § 63. — Die allgem. Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze s. §§ 121—124. — Wird mit der Intervention eine andere Prozeßaktion, z. B. Einspruchs- oder Rechtsmitteleinlegung, verbunden, so muß natürlich der auf letztere bezügliche Teil des Schriftsatzes den dafür geltenden Vorschriften entsprechen.

Erklärung der NJ. in der mündlichen Verhandlung ist nicht ordnungsmäßig. Vgl. jedoch Bem. 2.

2. Die Vorschriften des § 67 über die Form der NJ. sind sog. dispositives Prozeßrecht. Die Hauptparteien können auf deren Beobachtung verzichten; das Gericht kann eine NJ. nicht wegen Verstoßes wider § 67 zurückweisen, ohne daß der Verstoß von einer Hauptpartei gerügt wird, selbst dann nicht, wenn aus Gründen des materiellen Rechts die Interventionsbefugnis bekämpft wurde [vgl. Francke a. a. O. S. 77 ff., Wach I S. 632, 635, RG. 15. Jan. 1886 Entsch. XV Nr. 109 S. 397. AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 371 ff., 380]; das Rügerecht der Hauptparteien kann nach § 267 präkludiert werden. Wird die Formwidrigkeit der NJ. rechtzeitig (§ 267) gerügt, so ist die NJ. zurückzuweisen.

§ 68.

Über den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung unter den Parteien und dem Nebenintervenienten entschieden. Der Nebenintervenient ist zuzulassen, wenn er sein Interesse glaubhaft macht.

Gegen das Zwischenurteil findet sofortige Beschwerde statt.

Solange nicht die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist, wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen.

Mot. S. 88, 89. KPr. S. 26, 512.

1. Zu Abs. 1: a) Beantragt keine der Parteien die Zurückweisung der Nebenintervention, so erfolgt keine Entscheidung des Gerichts über deren Zulässigkeit; der Intervenient kann sich am Prozeß beteiligen. Jede der Hauptparteien ist befugt, die Zurückweisung der Nebenintervention zu beantragen. Der Antrag ist mündlich in dem Termin zur mündlichen Verhandlung zu stellen. Derselbe kann durch Zustellung eines Schriftsatzes vorbereitet werden, notwendig ist dies aber nicht [vgl. Francke a. a. O. S. 82]. § 269 ist auf den Antrag nicht anwendbar; denn § 269 betrifft nicht die Anträge im Zwischenstreit (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 269). [So auch Gaupp I S. 226. AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 68, Francke a. a. O. S. 52, Wach I S. 634.] Der Antrag kann in jedem Prozeßstadium gestellt werden. Demselben ist jedoch keine Folge zu geben, d. i. die Zulässigkeit der Intervention ist auszusprechen, wenn der Antragsteller auf die Befugnis zum Widerspruch gegen die Intervention bereits verzichtet hat. Solcher Verzicht kann daraus sich ergeben, daß die Partei mit dem Intervenienten, ohne die Zulässigkeit der Intervention zu beanstanden, mündlich verhandelt hat [vgl. Gaupp I S. 226, Francke S. 81, Wach I S. 635.] Wegen Präklusion des Rechts,

wegen eines Formfehlers die Zurückweisung der NJ. zu beantragen s. Bem. Nr. 2 zu § 67. Wer jemanden den Streit verkündet, verzichtet damit auf die Befugnis, die Zulässigkeit der Intervention aus anderen Gründen als wegen Nichtbeachtung des § 67 zu beanstanden; denn die Streitverkündung ist Einladung zur Intervention.

b) Wird der Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention gestellt, so entsteht ein Zwischenstreit zunächst zwischen dem Intervenienten und dem Antragsteller. In diesem Zwischenstreit kann sich die Hauptpartei, welche nicht Antragsteller ist, auf Seite des letzteren oder auch des Intervenienten stellen; sie braucht sich aber nicht zu beteiligen. In jedem Fall erfolgt einheitliche, für alle Parteien bindende Entscheidung über die Zulässigkeit der Nebenintervention. Der Nebenintervenient ist im Zwischenstreite nicht zur Kostenkaution nach § 102 verpflichtet; denn er ist nicht Kläger [vgl. Francke a. a. O. S. 84].

c) Über den Zwischenstreit ist mündlich zu verhandeln vor dem Gerichte (erster oder höherer Instanz), bei welchem der Hauptprozeß anhängig ist. Besonderer Terminsbestimmung bedarf es nicht; denn die Verhandlung findet im Termine zur Verhandlung des Hauptstreits statt. Für die mündliche Verhandlung vor den Land- und höheren Gerichten besteht Anwaltszwang. An der Verhandlung können sich der Intervenient und beide Parteien, nicht bloß der Antragsteller, beteiligen. Wird das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten bestritten, so hat er dasselbe nach den Vorschriften des § 266 glaubhaft zu machen. Natürlich bedarf es der Glaubhaftmachung nicht, wenn sich das Vorhandensein des Interesses schon bei der mündlichen Verhandlung herausstellt. Nach Umständen kann die Streitverkündung genügen, um das Interesse glaubhaft zu machen; doch überhebt dieselbe nicht stets den Intervenienten der Verpflichtung zur Glaubhaftmachung seines Interesses, wenn dieses seitens der anderen Hauptpartei bestritten wird [vgl. OLG. Dresden in Ztschr. f. d. CPr. VI S. 480]. — Auch gegen den Willen der Partei, zu deren Unterstützung der Nebenintervenient beitreten will, kann die Intervention zugelassen werden. Für die Verhandlung über die Zulässigkeit der Intervention gelten nicht die Regeln des Versäumnisverfahrens (§ 312 betrifft nur Zwischenstreite unter den Parteien). Ist der Intervenient in dem Termine, in welchem eine Partei Widerspruch gegen die Intervention erhebt, nicht erschienen, so ist nicht etwa die Intervention schlechthin zurückzuweisen, sondern es ist deren Zulässigkeit auf Grund der Interventionsschrift und des mündlichen Vorbringens der Hauptparteien zu prüfen und, je nachdem sich daraus die Zulässigkeit ergiebt oder nicht, über die Intervention zu entscheiden. Der dritte ist also nur mit der näheren Begründung und Glaubhaftmachung seines Interesses ausgeschlossen [vgl. Francke a. a. O. S. 90]. Ist eine der Hauptparteien nicht erschienen, so kann nur ein Antrag der erschienenen Hauptpartei Veranlassung zur Verhandlung und Entscheidung über die Zulässigkeit der Intervention geben. Ist keine der Hauptparteien, sondern nur der Nebenintervenient erschienen, so braucht nicht über Zulässigkeit der Nebenintervention entschieden zu werden; denn der Antrag auf Zurückweisung müßte in der Verhandlung gestellt werden [unrichtig Francke a. a. O. S. 90, welcher Ausschließung des Antrags und dagegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (!) zulassen will].

d) Die Entscheidung erfolgt durch Zwischenurteil. Das Zwischenurteil lautet auf Zulassung oder auf Zurückweisung der Nebenintervention. In dem Zwischenurteil ist über die Kosten des Zwischenstreits zu erkennen. Wird die Nebenintervention zugelassen, so ist die widersprechende Partei [AM. Francke a. a. O. S. 93 für den Fall, daß nicht beide Hauptparteien widersprochen haben], andernfalls der Intervenient in die Kosten nach Maßgabe des § 87 zu verurteilen.

2. Zu Abs. 2: Gegen das die Intervention zulassende Zwischenurteil kann jede Hauptpartei, welche sich nicht mit dem Beitritt des Intervenienten einverstanden erklärte, gegen das

die Intervention zurückweisende Zwischenurteil kann nur der Intervenient (nicht auch die Hauptpartei, welche sich für die Zulassung erklärte; denn sie kann den Intervenienten nicht zur Intervention nötigen) sofortige Beschwerde (§ 540) erheben. Über die Beschwerde ist nach den Regeln der §§ 531 ff. zu entscheiden; die mündliche Verhandlung ist also fakultativ. Ist das Zwischenurteil in einem in der Revisionsinstanz anhängigen Prozeß erlassen, so ist mangels einer höheren Instanz Beschwerde nicht möglich. Mit Einspruch, Berufung, Revision kann das Zwischenurteil nicht angegriffen werden, auch nicht wenn die Entscheidung mit einem Endurteil äußerlich verbunden ist [RG. 19. Febr. 1886 Entsch. XV Nr. 115 S. 413, 3. Mai 1887 XVIII Nr. 26 S. 140]. — Wegen der Gebühren für Verhandlung und Entscheidung über Zulässigkeit der Nebenintervention s. GKG. §§ 27 Nr. 1, 39; GO. f. RA. §§ 33 Nr. 1, 29 Nr. 2.

3. Zu Abs. 3: Solange noch kein Antrag auf Zurückweisung gestellt oder noch nicht darüber entschieden oder die Entscheidung noch nicht zur Rechtskraft gelangt ist, ist der Nebenintervenient befugt, alle Rechte eines solchen auszuüben. Wird nachher die Unzulässigkeit der Intervention ausgesprochen, so werden die von dem Nebenintervenienten für die unterstützte Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen bedeutungslos [vgl. Wach I S. 636].

§ 69.

Eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines dritten besorgt, kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem dritten gerichtlich den Streit verkünden.

Der dritte ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt.

Mot. S. 89. 90. KPr. S. 26, 512.

1. Litteratur: Wetzell § 7 N. 27a ff., Renaud S. 105, Bolgiano S. 233, Fuchs Litisdenunziation (1856), Francke Nebenparteien § 17, Wach I § 59.

2. Streitverkündung (litis denunciatio) ist die seitens einer Partei an einen dritten ergehende Mitteilung von dem Anhängigsein des Prozesses. Die Streitverkündung kann den Zweck haben, dem dritten zum Beitritt als Nebenintervenient oder zur Beteiligung nach Art eines Hauptintervenienten (§ 72) oder zur Übernahme des Prozesses (§ 73) Gelegenheit zu geben. Mehrere dieser Zwecke können bei einer Streitverkündung vorhanden sein. Von der Streitverkündung mit dem Zwecke, dem dritten Gelegenheit zur Nebenintervention zu geben handelt der § 69.

3. Voraussetzung für die Streitverkündung des § 69 ist das Anhängigsein eines Rechtsstreites, in welchem Nebenintervention zulässig ist (darüber vgl. Bem. Nr. 3 I zu § 63); ferner, daß die Partei für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreites einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen den dritten erheben zu können glaubt — also die Annahme eines der in Bem. Nr. 3 III litt. c zu § 63 exemplifizierten, zu Regreß berechtigenden Verhältnisse — oder daß die Partei für den Fall eines ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreites den Anspruch des dritten besorgt. Die Motive nennen als Beispiele der zweiten Alternative „die zahlreichen Fälle des Handelsrechts, insbesondere der Kommission, der Spedition, des Frachtgeschäfts, der Versicherung, in denen ein Prozeß auf Gefahr und für Rechnung eines dritten geführt wird.“ Es kann unerörtert bleiben, ob diese Fälle nicht schon unter die erste Alternative fallen; denn die Befugnis zur Streitverkündung ist in diesen Fällen nicht anzuzweifeln. Jedenfalls ist die zweite Alternative nicht

(wie in früherer Aufl. angenommen) gegenstandslos; denn sie allein paßt auf die Fälle, in welchen die Partei seitens des dritten einen Anspruch auf Entschädigung wegen mangelhafter Prozeßführung zu besorgen hat. [Vgl. Wach I S. 654.] Übrigens ist darüber, ob die Voraussetzungen zur Streitverkündung vorlagen, in dem Prozesse, in welchem der Streit verkündet ward, nicht zu entscheiden. Wenn der dritte als Nebenintervenient beitreten will und sein Interventionsrecht bestritten wird, ist nur über die Interventionsberechtigung zu entscheiden. Diese kann auch aus anderem als dem in der Streitverkündung angegebenen Grunde vorhanden sein.

4. Eine prozessualische Pflicht zur Streitverkündung kennt die CPrO. nicht. Das in § 740 enthaltene Gebot der Streitverkündung ist materielles Recht (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 740). Aus dem materiellen Recht ist zu bemessen, ob eine Partei zur Streitverkündung verbunden ist und welche Folge die Unterlassung der Streitverkündung nach sich zieht. Gemeinrechtlich besteht eine Verpflichtung zur Streitverkündung nur in den sogenannten Eviktionsfällen, das heißt dann, wenn ein dritter kraft besonderer Zusicherung oder kraft Gesetzes der Partei dafür haftet, daß ihr ein übertragenes Recht oder Besitz nicht ganz oder teilweise entwunden werde. Auf Unterlassung der Streitverkündung in Eviktionsfällen steht gemeinrechtlich die Folge, daß der zur Denunziation Verpflichtete nicht den Eviktionsanspruch gegen den dritten erheben kann (l. 53 § 1 D. de evict. 21, 2; l. 8 C. de evict. 8, 45), es wäre denn, daß der dritte die Streitverkündung selbst unmöglich gemacht hätte (l. 53 § 1, l. 56 §§ 5 und 6 D. eod. 21, 2) oder daß der dritte auf die Streitverkündung verzichtet hätte (l. 63 D. eod. 21, 2) oder daß sich nachweisen ließe, daß der Prozeß auch bei Beteiligung des dritten nicht zu gewinnen gewesen wäre (l. 53 § 1 D. eod. 21, 2; cf. l. 11 § 12 D. de A. E. V. 19, 1). Auf das gleiche kommt hinaus bayer. AusGes. Art. 15. — Die hier vorgetragene Lehre ist insofern bestritten, als mehrere Rechtslehrer [z. B. Linde, CPr. § 112 Note 5, Mühlenbruch Cession (2. Aufl.) S. 599 Note 193] die Streitverkündung auch in anderen als den sog. Eviktionsfällen, wo eine Regreßnahme in Frage kommt, für notwendig erachten. Wegen des Preuß. LR. vgl. ALR. I 11 §§ 152, 153 ff., I 14 §§ 342, 344, 381; Eccius (Förster) Pr. PrR. I § 86, II § 144, Dernburg Pr. PrR. II §§ 148, 245, A. Förster N. 4 zu § 69. — Wegen des franz. Rechts vgl. C. c. art. 1640.

5. Die Befugnis des Litisdenunziaten zu weiterer Streitverkündung ist nicht dadurch bedingt, daß er dem Prozesse beitritt (Mot. S. 90).

§ 70.

Die Streitverkündung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist.

Abschrift des Schriftsatzes ist dem Gegner mitzuteilen.

Mot. S. 90. KPr. S. 26, 512.

1. Vgl. L. Seuffert die Formen gerichtlicher Streitverkündung Bl. f. RA. in Bay. LI S. 2 ff. — § 70 enthält Formvorschriften für die sog. gerichtliche Streitverkündung. Die Streitverkündung der CPrO. ist ein ohne Mitwirkung des Gerichts sich vollziehender, in diesem Sinne stets ein außergerichtlicher Akt. Gerichtliche Streitverkündung ist also die in den Formen des Prozeßgesetzes vor sich gehende Streitverkündung, zu deren Zustellung nach früherem gem. Recht allerdings die Mitwirkung des Gerichts nötig war. Verlangt das materielle Recht eine den Regeln des Prozeßrechts entsprechende, d. i. nach der eingebürgerten Redeweise die gerichtliche Streitverkündung, so greift § 70 ein. Sollte nach den Vor-

schriften des materiellen Rechts eine von den Regeln des Prozeßrechts entbundene (eine in diesem Sinn außergerichtliche) Streitverkündung genügen, so hat es hierbei sein Bewenden. Übrigens ist davon auszugehen, daß das materielle Recht stets gerichtliche Streitverkündung fordert. Vgl. a. § 740.

2. Wesentlicher Inhalt des Schriftsatzes ist: a) die Mitteilung, daß ein bestimmter, durch Bezeichnung der Parteien und des Streitgegenstandes zu kennzeichnender Prozeß bei dem Gerichte anhängig sei und daß dieser Prozeß sich in der und der Lage befinde — z. B. daß ein Beweisbeschluß dieses Inhalts erlassen, daß ein Urteil dieses Inhalts gefällt und daß dagegen Berufung ergriffen sei. Weder Ladung [s. RG. 3. Nov. 1880 Entsch. IV Nr. 99 S. 363 u. 13. Nov. 1883 X Nr. 84 S. 292] noch abschriftliche Mitteilung der bisherigen Schriftsätze und Entscheidungen oder Darstellung des Inhalts der bisherigen Verhandlungen gehört zur Streitverkündung. Der Litisdenunziat hat das Recht der Akteneinsicht (§ 271), kann sich also selbst über die Lage des Prozesses informieren. b) Die Angabe der Veranlassung zur Streitverkündung, d. i. des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Litisdenunziant glaubt für den Fall des ihm ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen den dritten erheben zu können oder den Anspruch des dritten besorgt.

3. Der Schriftsatz unterliegt, wenn der Prozeß bei einem Land- oder höheren Gericht anhängig ist, dem Anwaltszwang; dies folgt daraus, daß die gerichtliche Streitverkündung zu dem gerichtlichen Verfahren gehört. Im amtsgerichtlichen Prozesse kann die Streitverkündung entweder durch Zustellung eines Schriftsatzes oder durch Zustellung eines Gerichtsschreiberprotokolls, in welches der wesentliche Inhalt (s. Bem. 2) aufgenommen ist (§ 462), erfolgen. — Die Bestimmungen über vorbereitende Schriftsätze (§§ 119—124) gelten nicht für die Streitverkündung, da dieselbe kein vorbereitender Schriftsatz ist. — Für die Zustellung des Schriftsatzes bezw. Protokolls gelten die Vorschriften der §§ 156 ff. Formlose Mitteilung nach § 463 Abs. 2 genügt auch im amtsgerichtlichen Prozesse nicht [vgl. L. Seuffert a. a. O.]. Die Vorschriften des § 70 gelten auch für die Streitverkündung nach § 72 und § 73.

4. Über die Ordnungsmäßigkeit einer Streitverkündung ist in dem Prozesse, in welchem der Streit verkündet wird, nicht zu entscheiden, sondern nötigenfalls erst in dem etwa nachfolgenden Prozesse zwischen dem Denunzianten und dem Denunziaten. In letzterem Prozesse ist ein Mangel in der Form der Streitverkündung nicht von Amtswegen sondern nur auf Parteirüge zu beachten.

5. Wegen einer Streitverkündung findet eine Aussetzung des Rechtsstreites nicht statt (Mot. S. 90).

§ 71.

Wenn der dritte dem Streitverkünder beitritt, so bestimmt sich sein Verhältnis zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.

Lehnt der dritte den Beitritt ab, oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

In allen Fällen dieses Paragraphen kommen gegen den dritten die Vorschriften des § 65 mit der Abweichung zur Anwendung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war.

Mot. S. 90—92. KPr. S. 26—29, 512.

1. Für den dritten entsteht durch die Streitverkündung keine Pflicht zum Beitritte. Es

wird ihm nur Gelegenheit gegeben, durch seinen Beistand im Prozesse den ihm drohenden Regreß abzuwenden. Der Prozeßgegner des Litisdenunziaten hat das Recht, dem Beitritt des Litisdenunziaten zu widersprechen (s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 68). Im Falle des Widerspruchs ist nach § 68 zu verfahren (Mot. S. 91).

2. Dem Litisdenunziaten kann keine Frist zum Beitritt gesetzt werden. Derselbe kann in jeder Lage des Rechtsstreits beitreten (vgl. § 63). Auch wenn der Litisdenunziat den Beitritt zunächst ablehnte, bleibt er, wenn die Voraussetzungen der Nebenintervention vorliegen, berechtigt dem Prozesse später beizutreten (Mot. S. 91).

3. Der Beitritt des Litisdenunziaten gilt an sich nicht als Anerkenntnis, daß der Streitverkünder einen Rückgriff gegen denselben habe. Ob aus dem Beitritte und den Umständen, unter denen er erfolgte, Beweisgründe für eine Regreßpflicht des Litisdenunziaten entnommen werden können, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu würdigen (Mot. S. 92. KPr. S. 26, 27).

4. Will der Litisdenunziat dem Prozesse beitreten, so muß er in der durch § 67 vorgeschriebenen Form intervenieren [vgl. RG. 15. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 121 S. 391]. Für diese Intervention gelten die Vorschriften der §§ 63—68. Der Intervenient kann in die Stellung eines Intervenienten nach § 64 oder nach § 66 treten, je nachdem die Voraussetzung des § 66 fehlt oder vorliegt.

5. Sowohl im Falle des Beitritts, wie auch dann, wenn der Beitritt abgelehnt oder eine Erklärung nicht abgegeben wird, kommen mit dem in § 71 enthaltenen Abmaße die Folgen des § 65 zur Anwendung; d. h. der Litisdenunziat wird im Verhältnis zu dem Denunzianten mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen, unrichtig entschieden worden sei; er wird mit der Behauptung, daß der Litisdenunziant den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit, da sein Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war, oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- und Verteidigungsmittel, geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind. Diese Wirkungen der Streitverkündung betreffen nur das Verhältnis zwischen dem Denunzianten und dem Denunziaten.

6. Über die Frage, ob die Litisdenunziation nach Preuß. R. die Verjährung der Regreßklage unterbreche vgl. Eccius (Förster) Pr. PrR. I § 57 N. 55, Koch Komm. z. ALR. VIII Aufl. I S. 619, Struckm. Koch N. 1 zu § 239 (verneinend) — Dernburg Pr. Pr.R. I § 168 II § 148, Rehbein und Reincke Pr. LR. N. 163 zu § 551 I 9, A. Förster N. 4 zu § 71 (bejahend). Letzterer Ansicht dürfte aus den von A. Förster angegebenen Gründen beizutreten sein. Nach gem. R. und nach franz. R. wird die Klagenverjährung durch Streitverkündung nicht unterbrochen [RG. 13. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 84 S. 291 f.]. Daß die in WO. § 80 enthaltene Bestimmung, wonach die Streitverkündung die Verjährung unterbricht, nicht aufgehoben ist, folgt aus EG. z. CPrO. § 13 [vgl. RG. 13. Nov. 1883 Entsch. X. Nr. 84 S. 293].

7. Die Kosten der Streitverkündung zahlt zunächst der Streitverkünder. Wird der Gegner in die Prozeßkosten verurteilt, so ist nach § 87 zu entscheiden, ob die Kosten der Streitverkündung zum Ersatze kommen. Dem Denunziaten entstehen durch ordnungsmäßige Streitverkündung überhaupt keine Kosten, wenn er nicht interveniert. Über Verpflichtung des Denunzianten zum Kostenersatz bei ordnungswidriger Denunziation vgl. Entsch. d. RG. IV S. 363 f. und VI S. 392.

§ 72.

Wird von dem verklagten Schuldner einem dritten, welcher die geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt, der Streit verkündet, und tritt der dritte in den Streit ein, so ist der Beklagte, wenn er den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger gerichtlich hinterlegt, auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreite unter Verurteilung in die durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten zu entlassen und der Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen. Dem Obsiegenden ist der hinterlegte Betrag zuzusprechen und der Unterliegende auch zur Erstattung der dem Beklagten entstandenen, nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten, einschließlich der Kosten der Hinterlegung, zu verurteilen.

KPr. S. 27, 28, 512–514, 657–659.

1. Der § 72 ist in der JK. d. R. auf Antrag des Abg. Dr. Bähr eingefügt worden. Derselbe ist dem § 31 des kurhess. CPrGes. v. 28. Okt. 1873 nachgebildet, weicht aber in verschiedenen Punkten von seinem Vorbild ab. Litteratur: Kühne Jahrb. f. Dogm. XVII S. 1 ff., 174 ff., Jeß eod. XVII S. 158 ff., C. Schmidt Ztschr. f. d. CPr. I S. 104 ff. besonders S. 123, 125, Petersen Beitr. z. Erl. d. DR. XXV S. 534 ff., Kroll Klage und Einrede S. 199, Weismann Hauptintervention S. 171 N. 6, Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 489 ff.

2. Zur Anwendung der Dispositive des § 72 „so ist der Beklagte auf seinen Antrag — aus dem Streit zu entlassen und der Rechtsstreit — fortzusetzen" wird erfordert:

a) Daß jemand als Schuldner wegen einer Forderung auf Leistung von vertretbaren, deponierbaren Sachen verklagt ist. Die Beschränkung auf Forderungen, deren Gegenstand vertretbare Sachen sind, ergiebt sich aus dem mehrfachen Gebrauch des Wortes „Betrag" in § 72. Von „Betrag" spricht man nicht bei Forderungen, deren Gegenstand spezielle Sachen oder Rechte sind. Andererseits ist kein Grund zur Beschränkung auf Geldforderungen ersichtlich [diese Beschränkung vertreten Endemannn I S. 355, Kleiner I S. 364, Fitting S. 76 N. 9. Dagegen Petersen a. a. O. S. 541]; denn „Betrag" paßt auch auf Quantitäten anderer vertretbarer Sachen. — Die Klage muß auf Leistung (Gegensatz: Feststellung) erhoben sein, sonst paßt die Hinterlegung nicht zum Klagantrag.

b) Daß ein dritter die eingeklagte Forderung gerichtlich oder außergerichtlich, ganz oder teilweise [AM. Gaupp I S. 235] für sich in Anspruch nimmt. Die Forderung, welche der dritte für sich in Anspruch nimmt, muß mit der eingeklagten Forderung identisch sein in dem Sinne, wie bei Hauptintervention um Forderungsrecht (vgl. Bem. Nr. 3 litt. b, β zu §§ 61, 62).

c) Daß der Beklagte dem dritten den Streit verkündet hat. Für die Streitverkündung gilt § 70.

d) Daß der dritte in den Streit eintritt. Es ist zweifelhaft, wie dieses Eintreten beschaffen sein muß. Der dritte ist berechtigt zur Hauptintervention nach § 61; aber auch zur Nebenintervention, weil das Urteil in dem Hauptprozesse als Beweisgrund gegen ihn verwertet werden könnte (s. Bem. Nr. 3 Ziff. III litt. b. zu § 63). Fordert § 72 Eintritt mittels Hauptintervention [so, wie es scheint, Wach Vorträge S. 83 Note], so ist Klagestellung gegen beide Parteien des Hauptprozesses bei dem Gerichte erster Instanz nötig. Dagegen spricht, daß § 72 nicht von zwei Prozessen, sondern von einem redet; auch daß der Gebrauch der Worte „in den Streit eintreten" nicht ganz auf Hauptintervention paßt, denn mit der

Klagerhebung tritt der Hauptintervenient nicht in den Erstprozeß ein, sondern beginnt einen neuen Prozeß. Fordert § 72 den Eintritt als Nebenintervenient [so A. Förster N. 1 litt. c. zu § 72], so muß die Form des § 67 gewahrt werden; es kann ein Zwischenstreit nach § 68 entstehen; der dritte ist bis zur Entlassung des Beklagten aus dem Streit nur Nebenpartei im Sinne des § 64. Gegen diese Auslegung spricht, daß der § 72 ein über die Rolle des Nebeninterveniienten, welche nur zum Antrag auf Abweisung des Klägers berechtigen würde, hinausgehendes Antragstellen in der Richtung gegen den Bekagten vorauszusetzen scheint; auch paßt der Ausdruck „eintreten" nicht, denn das Gesetz spricht in §§ 67 und 71 von „Beitritt" des Nebeninterveniienten. Befriedigt keine dieser Auslegungen, so bleibt nur übrig, den Eintritt des dritten im Falle des § 72 als eine eigentümliche Art der Beteiligung an dem Prozesse zu betrachten, welche der Hauptintervention näher als der Nebenintervention steht. [so auch Weismann a. a. O.]. Wie der Hauptintervenient muß der dritte beantragen, daß der Beklagte verurteilt werde, an ihn zu zahlen, und daß dem Erstkläger gegenüber festgestellt werde, daß er, der dritte, der Forderungsberechtigte sei. Dieser Antrag ist aber nicht in einer bei dem Gerichte erster Instanz zu erhebenden Interventionsklage und auch nicht durch Zustellung eines dem § 67 entsprechenden Schriftsatzes, sondern in dem Termin zur mündlichen Verhandlung zu stellen. [Vgl. a. Kohler a. a. O. S. 491.] Derselbe kann durch einen Schriftsatz vorbereitet werden. Der Eintritt liegt aber erst in der Antragstellung im Termine. Der Antrag kann nur gestellt werden, wenn die beiden Parteien in dem Termine erschienen sind (der Grund ist derselbe, aus dem eine Widerklage nicht in Abwesenheit des Klägers erhoben werden kann; vgl. Bem. Nr. 7 zu § 33); die Antragstellung bewirkt Rechtshängigkeit bezüglich der erhobenen Ansprüche, wie eine Klagestellung, jedoch nur unter der Bedingung, daß Entlassung des Beklagten und Fortsetzung des Rechtsstreits unter den Gläubigern erfolgt. [Ähnlich Petersen und Weismann a. a. O. AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 72]. Zweifelhaft ist, ob Eintritt ohne vorherige Streitverkündung die Wirkungen des § 72 haben kann. Wenn die Parteien dem dritten diesen Eintritt nicht wehren, ist die Frage wohl zu bejahen; andernfalls steht dem dritten ohne Streitverkündung nicht diese eigentümliche Art der Beteiligung, sondern nur die normale Hauptintervention (§ 61) offen. Die Zulässigkeit des Eintritts des dritten ist übrigens erst zu prüfen, wenn der Beklagte den Antrag auf Entlassung (s. u. Bem. Nr. 3) gestellt hat.

d) Daß der Beklagte den ganzen Betrag der eingeklagten Forderung in Hauptsache und Nebensache (natürlich ohne die Prozeßkosten) bei Gericht hinterlegt. Ob die Deposition ausführbar, welches Gericht zur Annahme des Depositum zuständig, wie bei der Deposition zu verfahren ist, bemißt sich nach dem Landesrecht. Für Preußen: Hinterl.-Ordn. v. 14. März 1879 (GS. S. 249). Wenn nach Landesrecht die Hinterlegung bei einer mit publica fides versehenen Person (z. B. Notar) der gerichtlichen Hinterlegung gleichgestellt ist, so ist die Hinterlegung bei einer solchen Person der gerichtlichen auch im Falle des § 72 gleichzuachten.

3. Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so kann der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung, in welchem sowohl der Kläger wie auch der dritte erschienen sind (s. o. Bem. Nr. 2 litt. c), beantragen, ihn aus dem Streit zu entlassen. Über den Antrag ist unter den drei Parteien zu verhandeln. Die Entscheidung kann lauten entweder auf Abweisung des Antrags wegen mangels der Voraussetzungen (Zwischenurteil) oder auf Entlassung des Beklagten aus dem Streit. Ob letztere Entscheidung Endurteil [so Struckm. Koch § 72 N. 2 zu § 72, Wilm. Levy S. 106, Hellmann Komm. I S. 355, v. Sarwey I S. 142, Kleiner I S. 368, Gaupp I S. 237, Bolgiano S. 244 f., Petersen a. a. O. S. 557, Kohler a. a. O. S. 491 (Teilurteil), Planck I § 76 N. 43] oder Zwischenurteil [so Wach Vortr. S. 83, Schollmeyer Zwischenstreit S. 102] ist, ist bestritten. Die Erwägung, daß der Prozeß in

der Hauptsache in der Richtung gegen den ursprünglichen Beklagten mit dessen Entlassung aus dem Streite zu Ende ist, dürfte, obgleich erst in dem im Prozeß unter den Prätendenten ergehenden Endurteil darüber entschieden werden kann, welcher derselben dem aus dem Prozeß entlassenen Beklagten zur Kostenerstattung verbunden ist, für die Eigenschaft als Endurteil den Ausschlag geben. Ist die Entscheidung Zwischenurteil, so kann sie erst durch Rechtsmittel gegen das Endurteil angefochten werden; ist sie Endurteil, so ist sie selbständig anfechtbar. — Bei der Entlassung ist der Beklagte zur Bezahlung der Kosten an den Kläger zu verurteilen, welche durch seinen unbegründeten Widerspruch, d. i. durch Widerspruch gegen das Bestehen der Schuld, veranlaßt sind. Hat der Beklagte von Anfang an das Bestehen der Schuld eingeräumt und nur mit Rücksicht auf die Prätension des dritten die Legitimation des Klägers in Frage gestellt, so scheidet er kostenfrei aus.

4. „Der Rechtsstreit — ist fortzusetzen ꝛc." Das Gesetz verlangt keine neue Klagerhebung, sondern behandelt den dritten als prozessualischen Successor des ursprünglichen Beklagten, während der ursprüngliche Beklagte allerdings bezüglich seines Anspruchs auf Kostenersatz an dem fortzusetzenden Prozesse beteiligt und insoweit noch als Partei erscheint. [Ähnlich Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 839 f. Dagegen bestreiten die Succession Wach Vortr. S. 83, Schollmeyer Zwischenstreit S. 102.] Infolge des Personenwechsels ändern sich die Anträge; der Kläger verlangt nicht mehr Zahlung sondern Zusprechung des hinterlegten Betrags; der eingetretene dritte verlangt Abweisung dieses Antrags und als Widerkläger ebenfalls Zusprechung jenes Betrags. Über Klage und Widerklage ist einheitlich zu verhandeln und zu entscheiden. [Über die theoretische Frage, ob das Urteil, welches den hinterlegten Betrag einer der Parteien zuspricht, bloßes Feststellungsurteil sei, vgl. Weismann Feststellungsklage S. 145, Rocholl Ztsch. f. d. CPr. VIII S. 413 f.] Der Unterliegende kann verurteilt werden, Prozeßzinsen aus dem hinterlegten Betrag zu zahlen [RG. 21. März 1885 SA. XL Nr. 241]. In dem Endurteil ist über die Kosten des Prozesses zu entscheiden, welche nicht bei der Entlassung des ursprünglichen Beklagten diesem auferlegt sind. Die Kostenentscheidung betrifft sowohl den Anspruch des ursprünglichen Beklagten auf Kostenersatz, als auch die wechselseitigen Kostenansprüche des Klägers und des neuen Beklagten. Über diese Kosten ist nach allgemeinen Regeln zu entscheiden. Doch gilt die Besonderheit, daß der in der Hauptsache Unterliegende, auch wenn dies der neue Beklagte ist, zum Kostenersatz an den aus dem Prozesse entlassenen Erstbeklagten verurteilt wird. Um seines Kostenersatzanspruchs willen kann sich der ursprüngliche Beklagte noch an dem Prozesse beteiligen; aber er kann nicht in die Verhandlung zur Hauptsache eingreifen. Das Urteil kann von dem Kläger und von dem eingetretenen neuen Beklagten angefochten werden, nicht aber von dem ursprünglichen Beklagten. Denn bezüglich der Hauptsache ist letzterer nicht mehr Partei, kann also auch kein Rechtsmittel ergreifen, und bezüglich der Kostenentscheidung ist ein selbständiges Rechtsmittel durch § 94 ausgeschlossen.

5. Auf Forderungen, welche durch Widerklage erhoben sind, findet § 72 entsprechende Anwendung. Der Widerbeklagte ist aus dem Widerklagprozeß zu entlassen [Petersen Beitr. XXV S. 542 ff. und Komm. S. 142, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 76, Wilm. Levy N. 1 (S. 114). AM. Struckm. Koch N. 2, Gaupp I S. 235, Kleiner I S. 365]. Auf Forderungen, welche compensando geltend gemacht werden, ist § 72 nicht anwendbar, weil die Kompensationseinrede nicht die Rechtshängigkeit bewirkt (s. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 136); [AM. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 95 f.]

6. In § 72 ist nicht bestimmt, daß die in Gemäßheit dieses Paragraphen geschehene gerichtliche Hinterlegung die Wirkung der Schuldtilgung habe. (In dem in Bem. Nr. 1 erwähnten kurhess. Gesetze war die liberierende Wirkung ausdrücklich ausgesprochen.) Ob der

Hinterlegung Liberationswirkung zukommt, ist daher nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden (KPr. S. 658). [Zustimmend: Struckm. Koch § 72 N. 2; Hellmann Komm. I S. 256, Endemann I S. 356, 357, v. Bülow S. 43, 44, Gaupp I S. 237, Kühne a. a. O. S. 59 ff., Jeß a. a. O. S. 158 ff., E. Schmidt Ztschr. f. d. CPr. I S. 104 ff., AM. Wilm. Levy N. 1, Puchelt I S. 281 und Petersen Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 246 ff., welche der Hinterlegung nach § 72 eine vom bürgerlichen Recht unabhängige Liberationswirkung beilegen]. Gemeinrechtlich ist der Schuldner bei Ungewißheit des Gläubigers zur gerichtlichen Hinterlegung befugt; die Deposition befreit ihn von der Schuld (l. 1 §§ 36, 37 D. dep. 16, 3, l. 18 § 1 D. de usur. 22, 1; vgl. Windscheid Pand. II § 347). Ungewißheit des Gläubigers wird in dem Falle des § 72 regelmäßig vorhanden sein. [Eine unhaltbare Unterscheidung zwischen sog. subjektiver, auf Rechtsunkenntnis des Schuldners beruhender, und objektiver Ungewißheit macht Kühne a. a. O.; dagegen Jeß a. a. O.] Immerhin ist denkbar, daß die Voraussetzungen des § 72 gegeben sind, ohne daß Ungewißheit vorliegt (z. B. wenn der Schuldner mit dem dritten, von dem er weiß, daß derselbe kein Recht auf die eingeklagte Forderung hat, kolludiert, um zur Hinterlegung zu gelangen). Eine gemäß § 72 erfolgende Hinterlegung bewirkt also nach gem. Recht die Schuldtilgung, wenn der Schuldner thatsächlich über die Gläubigerstellung der Prätendenten in Ungewißheit sich befindet [vgl. a. ROHG. Entsch. XXIV S. 314 ff., SA. XXXV Nr. 111, „der Streit mehrerer Forderungsprätendenten begründet noch nicht das Recht des Schuldners, sich durch Deposition zu liberieren"]. — Wegen des Preuß. R. s. Eccius (Förster) Pr. PR. I § 92, Dernburg Pr. PR. II § 99, Kühne a. a. O. S. 49 ff., Schmidt a. a. O. S. 137 ff.

§ 73.

Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er im Namen eines dritten zu besitzen behauptet, kann, wenn er diesem vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen.

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines dritten besitzt.

Hat der Benannte den Prozeß übernommen, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar.

Mot. S. 92–95. KPr. S. 29, 514.

1. Die sog. nominatio (laudatio) auctoris hat sich gemeinrechtlich im Anschluß an die l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 (von Konstantin) entwickelt. [Wieding der Justin. Libellprozeß § 29 und Schultze PrivR. und Prozeß I S. 571 N. 2 behaupten, daß diese Konstitution mit der n. a. nichts zu thun habe].

Litteratur: Bethmann-Hollweg Vers. S. 59 Wetzell (3. Aufl.) S. 54 ff., Briegleb Einl. i. d. Theorie d. summ. Prozesse S. 278 ff., Renaud S. 112, Linde Abhandl. I S. 125,

Mittermaier Arch. f. c. Pr. III S. 399, Gensler eod. S. 421 ff., Wirsing über das Wesen und die proz. Natur der n. a. (1848), Windscheid I § 196 N. 6, Kannengießer die prozeßhindernde Einrede ein Beitr. z. L. v. d. n. a. (1878), Rumpelt z. L. v. d. Urheberbenennung Sächs. Ztschr. N. F. XLVI S. 1. ff., Bolgiano Handb. S. 245 ff., Hellmann Lehrb. S. 243 ff. Vgl. a. Ztschr. f. d. CPr. I S. 108, II S. 521 (Petersen), III S. 88 (Osterloh), S. 205 (Petersen).

Preuß. R. s. ALR. I 1 §§ 165, 166, I 15 §§ 11 ff.; franz. R. s. C. c. art. 1727.

2. Die Urheberbenennung setzt voraus, daß eine Klage — dingliche Klage (reivindicatio, a. Publiciana, a. confessoria, negatoria, a. hypothecaria) oder persönliche Klage (z. B. a. quod metus causa gerichtet auf Restitution) — gegen den alieno nomine possidens (den unvollständigen Besitzer des Pr. ALR., z. B. den Nießbraucher, Pächter, Mieter, Depositar, Entleiher, Pfandnehmer, einer beweglichen oder unbeweglichen Sache als solchen erhoben (§ 230) ist. Ob die betreffende Klage nach materiellem Recht gegen den Detentor gerichtet werden darf, ist eine Frage für sich. Die nominatio auctoris setzt die Passivlegitimation des Beklagten voraus.

3. Die Prozeßhandlung „Urheberbennung" setzt sich zusammen aus a) Streitverkündung nach Maßgabe des § 70; b) Ladung des Auktor zum Verhandlungstermin nach Maßgabe der §§ 191—193, 457, 458, 462 unter Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der dritte aufgefordert wird, sich darüber zu erklären, ob er die Behauptung des Beklagten, im Namen des dritten zu besitzen, anerkenne und ob er den Streit übernehmen wolle. Im Anwaltsprozeß ist Aufforderung zur Anwaltsbestellung damit zu verbinden. c) Benennung des Auktor an den Kläger entweder durch Schriftsatz oder durch mündliche Erklärung in der Verhandlung.

Die Urheberbenennung kann nur vor der ersten Verhandlung (über „Verhandlung" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298 des Beklagten) zur Hauptsache (über „Hauptsache" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 39) geschehen. Die Unterlassung der n. a. in dem bezeichneten Prozeßstadium hat zur Folge, daß die Befugnis zur n. a., nicht bloß die Befugnis zur Einlassungsverweigerung, präkludiert wird (vgl. RE. § 122, norbd. Prot. S. 175). Eine Streitverkündung in späterem Stadium hat nicht die Wirkungen des § 73. Natürlich ist nicht ausgeschlossen, daß der Auktor infolge einer verspäteten n. a. den Prozeß übernimmt, wenn beide Parteien damit einverstanden sind.

Die n. a. hat mit den prozeßhindernden Einreden des § 247 die Präklusion durch Einlassung zur Hauptsache und die Befugnis zur Einlassungsverweigerung gemein; ist aber keine prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 247; die Bestimmungen der §§ 247 Abs. 1, 3, 248, 465 sind auf die n. a. nicht anwendbar.

4. Wirkungen der ordnungsmäßigen Urheberbenennung. Der Beklagte kann bis zu der Erklärung des Benannten oder bis zum Schlusse des Termins, zu welchem der Benannte geladen ist, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Die ferneren Wirkungen sind verschieden je nach folgenden Eventualitäten:

a) Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten, daß er Detentor für den Benannten sei, oder erklärt er sich bis zum Schlusse des Verhandlungstermins nicht, so erhält der Beklagte die Befugnis, dem Klagantrage zu genügen. Das „dem Klagantrage genügen" besteht, wenn der Antrag auf Besitzüberlassung gerichtet ist, in dem Aufgeben der Detention; wenn eine Servitut geltend gemacht ist, in der Gestattung der Ausübung dieser Servitut rc. rc. Ein Versäumnisurteil gegen den Benannten findet nicht statt. Die Befugnis, dem Klagantrage zu genügen, wird überhaupt nicht vom Gericht festgestellt. Macht der Beklagte von dieser Befugnis Gebrauch, so kann der Benannte ihm nicht zum Vorwurfe machen, daß er dem Klagantrag nicht entgegen getreten sei. Der Prozeß gegen den ursprünglichen Beklagten

wird, wenn der Kläger befriedigt wird, erledigt durch Urteil über die Kosten; wenn Befriedigung bezüglich der Hauptsache nicht erfolgt, der klägerische Anspruch aber anerkannt wird, durch Urteil nach § 278; wenn der Beklagte sich passiv verhält, durch Versäumnisurteil gegen den Beklagten nach § 296. Der Beklagte kann aber auch dem Klagantrage widersprechen und den Prozeß zur Entscheidung fortführen. Weder die PrO. noch das gem. Recht statuiert die Rechtskraft des gegen den Beklagten ergangenen Urteils in der Richtung gegen den auctor nominatus. Wenn letzterer klagend gegen den Kläger auftritt, kann ihm die exc. rei iud. nicht entgegengehalten werden. Über die Frage, ob die Bestimmung der Preuß. AGO. I 17 § 39, daß der passiv bleibende auct. nom. dem Urteil nichts entgegensetzen könne, noch gelte, vgl. Basch Allg. GO. S. 39, Rehbein Reincke N. 14 zu ALR. I 15 § 11 (bejahend); dagegen Eccius (Förster) Pr. PrR. III § 180 N. 95, Dernburg Pr. PrR. I § 246, A. Förster N. 4 zu § 73 (verneinend).

b) Erscheint der Benannte in der mündlichen Verhandlung und erklärt er, daß die Behauptung des Beklagten richtig sei, so ist er befugt, an Stelle des Beklagten in den Prozeß einzutreten, vorausgesetzt, daß der Beklagte damit einverstanden ist. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche gegen den Beklagten geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines dritten besitzt. Nach den Motiven ist hierunter namentlich der Anspruch auf die causa rei zu verstehen. — Verweigert der Beklagte oder, insoweit die Zustimmung des Klägers erforderlich ist, dieser die Zustimmung, so geht der Prozeß gegen den ursprünglichen Beklagten weiter. — Macht der nominatus, obwohl er anerkennt, daß der Beklagte in seinem Namen besitzt von der Befugnis zur Prozeßübernahme nicht Gebrauch, so entsteht zwar für den Beklagten nicht die Befugnis, dem Klagantrage zu genügen; aber gegen die Behauptung, daß der Prozeß unrichtig entschieden oder mangelhaft geführt sei, ist er durch die Streitverkündung geschützt.

c) Übernimmt der Benannte den Prozeß, so kann der Beklagte beantragen, daß er „von der Klage entbunden" werde. Über diesen Antrag ist mündlich zu verhandeln. Wird dem Antrag widersprochen, so ist zu prüfen, ob ordnungsmäßige n. a. seitens des Beklagten und Übernahme des Rechtsstreits seitens des Benannten vorliegt. Ist die n. a. oder die Übernahme nicht ordnungsmäßig, so ist der Antrag auf Entbindung von der Klage abzuweisen, und der Prozeß geht gegen den ursprünglichen Beklagten weiter. Diese Entscheidung ist Zwischenurteil; dieses ist erst mittels Berufung gegen das Endurteil anfechtbar. Ist die n. a. in Ordnung, so ist dem Antrag stattzugeben. Diese Entscheidung ist Endurteil; gegen dieselbe ist Berufung 2c. zulässig [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 9]. Die Entbindung von der Klage (absolutio ab instantia) beendet den Prozeß in der Richtung gegen den ursprünglichen Beklagten ohne Urteil zur Sache. Da hiebei der Kläger unterliegt, so ist derselbe zu verurteilen, dem Beklagten die Kosten zu erstatten (§ 87). Unterliegt in dem weiteren Prozesse der nominatus, so kann dieser auch zum Ersatze der vom Kläger dem ursprünglichen Beklagten erstatteten Kosten verurteilt werden, soweit diese als notwendiger Aufwand (§ 87) erscheinen.

5. Der Rechtsstreit zwischen dem Kläger und dem Benannten nach der Übernahme.

a) Die Übernahme des Prozesses bewirkt Succession in dem Prozeß. Daher ist nicht neue Klagerhebung erforderlich; die Wirkungen der Rechtshängigkeit (§ 235) springen über auf den neuen Beklagten. Der nominatus ist nicht Vertreter des früheren Beklagten [Wach Vortr. S. 82 Note], sowenig als der letztere prozessualischer Vertreter des nominatus war.

b) Die in dem Rechtsstreit nach Ausscheiden des ursprünglichen Beklagten ergehende

Entscheidung begründet die exceptio rei iud. auch gegen den ursprünglichen Beklagten. Daß die Entscheidung auch für ihn wirksam sei, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, ergiebt sich aber aus Konsequenz der Rechtskraftwirkung.

c) Die Entscheidung zur Sache (Gegensatz: Entscheidung im Kostenpunkt) soll auch gegen den ursprünglichen Beklagten vollstreckbar sein. Die Ausführbarkeit dieser Zwangsvollstreckung ist aber zweifelhaft. Nach § 671 darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn die Person, gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteile oder der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet ist; in dem Urteile wird aber nur der nominatus verurteilt. Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den ursprünglichen Beklagten ist nicht vorgesehen. Entsprechende Anwendung § 665 würde helfen. Aber sie ist im Gesetze nicht vorgesehen.

6. Auf Widerklagen findet § 73 entsprechende Anwendung.

7. Ob der Detentor dem auctor gegenüber zur n. a. verpflichtet ist und welche Folgen mit Nichterfüllung einer solchen Pflicht verbunden sind, bemißt sich nach dem bürgerlichen Recht. Gemeinrechtlich ist jeder Detentor gegenüber seinem Auktor zur n. a. verpflichtet [vgl. l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 „debet — dominum nominare"; Wirsing a. a. O. S. 33 ff. AM. Linde a. a. O. S. 132 und Gaupp I S. 241.] Die n. a. ist nicht bloß im Interesse des Detentors, sondern auch in dem des Auktors gelegen. Diesem wird jener für den Schaden verantwortlich, wenn er mit Unterlassung der n. a. den Prozeß durchgeführt und verloren hat. Verlust des etwaigen Anspruchs gegen den Auktor ist nicht Folge der Unterlassung der n. a. Dem Kläger gegenüber besteht gemeinrechtlich keine Verpflichtung zur nominatio. — Wegen des preuß. Rechts vgl. ALR. I 7 §§ 165. 166, I 15 § 11, AGO. I 17 § 35. Wegen des franz. R. s. C. c. art. 1727.

8. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 3, 28; GO. f. RA. §§ 20, 29.

Vierter Titel.

Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

1. Litteratur: Hellmann z. L. v. d. Prozeßvollmacht in der CPrO. Bl. f. RA. XLV S. 193 ff., 209 ff., Wach I § 49 ff., Planck I §§ 35 und 47 ff.

2. Der Prozeßbevollmächtigte, im Gegensatz zum gesetzlichen Vertreter (§ 50), ist gewillkürter Vertreter; seine Vertretungsbefugnis beruht auf Vollmacht. Vom Prozeßbevollmächtigten handeln die §§ 74—84. Das Erfordernis der Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts ist in § 74 normiert. Vom Geschäftsführer ohne Vollmacht handelt § 85; vom Beistand § 86. Die CPrO. behandelt durchweg nur die äußere Seite des Vollmachtsvertrags, d. i. die Wirkung gegen dritte. Die innere Seite, d. i. das rechtliche Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Vollmachtnehmer, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen.

§ 74.

Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß).

Diese Vorschrift findet auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, sowie auf Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, keine Anwendung.

Ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt kann sich selbst vertreten.

Mot. S. 96–101. KPr. S. 29, 497–499, 514, 739–741.

1. § 74 Abs. 1 führt für die prozessualische Thätigkeit der Parteien vor den Landgerichten (wozu natürlich auch die Kammern für HS. gehören) und vor allen Gerichten höherer Instanz den **Anwaltszwang** ein. Vorbild war der franz. Prozeß, dem sich die neueren deutschen PrOO. mit Ausnahme der württembergischen angeschlossen hatten. **Litteratur** s. bei v. Canstein Grundlagen des CPrR. S. 237 ff.; dazu P. Alexander-Katz Schriftsätze und Anwaltszwang (1883). Das Verfahren, für welches Anwaltszwang nach § 74 Abs. 1 besteht, heißt **Anwaltsprozeß**; das Verfahren, für welches Anwaltszwang nicht besteht, **Parteiprozeß**.

Die **Motive** bemerken: „Die Vorschriften des Gesetzes machen die Parteien nicht mundtot; sie dürfen jederzeit neben ihren Vertretern den Verhandlungen des Prozesses beiwohnen und die Vorträge der Anwälte beaufsichtigen, ergänzen und berichtigen (§§ 128 Abs. 4, 81); das Gericht kann auch im Anwaltsprozesse zum Zwecke des Sühneversuchs (nach dem zusätzlich beschlossenen § 132 auch zur Aufklärung des Sachverhältnisses) das persönliche Erscheinen der Parteien vor Gericht anordnen und bei solcher Gelegenheit das Fragrecht gegen sie ausüben (§§ 268, 130). Im Ehescheidungs- und Entmündigungsprozesse sind noch besondere Vorschriften gegeben, um den notwendigen Kontakt zwischen dem Gerichte und den Parteien sicher zu stellen (§§ 572, 579, 598). Daneben sind die Bestimmungen über das Armenrecht in liberaler Weise geordnet (§§ 106 ff.), so daß durch die Festsetzung des Anwaltszwanges die Gefahr einer Beschränkung des Rechtswegs nicht zu besorgen ist."

Parteien, welche nicht physische Personen sind, insbesondere der Fiskus, sind nicht vom Anwaltszwang befreit.

2. Der Anwaltszwang besteht, soweit nicht in Bem. Nr. 4 zu besprechenden Ausnahmen eingreifen, für das ganze Verfahren vor dem Land-, Oberlandes-, Reichsgericht. Alle Prozeßhandlungen, auch die außergerichtlichen, namentlich die Schriftsätze, welche die Instanz einleiten (Klage-, Berufungs-, Revisionsschrift) sowie die bloß vorbereitenden Schriftsätze müssen vom zuständigen Anwalt ausgehen. Die Schriftsätze müssen zum Zeichen dessen, daß sie vom Anwalt ausgehen, dessen Unterschrift tragen. Daß in § 121 Nr. 6 die Unterschrift nur mit „soll" — nicht mit dem sonst für wesentliche Bestandteile eines Schriftsatzes gebrauchten Worte „muß" verlangt wird, beweist nichts dagegen; denn diese Ausdrucksweise erklärt sich daraus, daß in § 121 nur von vorbereitenden Schriftsätzen die Rede ist und die Unterlassung der Vorbereitung der Verhandlung durch ordnungsmäßige Schriftsätze Nachteile in der Sache selbst nicht nach sich zieht. Also kann auch Zustellung eines nicht vom Anwalt unterschriebenen Schriftsatzes solche Rechtsnachteile nicht nach sich ziehen; aber sie wirkt auch nicht wie Zustellung eines ordnungsmäßigen Schriftsatzes [vgl. Wach I S. 608, 610. Unrichtig Alexander Katz a. a. O. S. 57 f.]. Ist im Anwaltsprozeß der Schriftsatz von dem bei dem betreffenden Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben, so ist es gleichgültig, ob der Auftrag zur Zustellung des Schriftsatzes dem Gerichtsvollzieher von dem Anwalt oder von der Partei erteilt, ob in der Zustellungsurkunde der Anwalt oder die Partei als die Person, für welche zugestellt werden soll (§ 174 Nr. 2) — betreibender Teil — genannt wird; denn der Auftrag zur Zustellung ist keine Prozeßhandlung und die in § 174 Nr. 2 vorgeschriebene Konstatierung der Person, für welche zugestellt werden soll, braucht nicht ersehen zu lassen, ob die Partei oder der Anwalt den Auftrag erteilte, sondern nur, für welche Partei zugestellt wird [vgl. Wach I S. 608 und jetzt auch RG. **verein.** Civ.Sen. 3. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 100 S. 392 ff., bes. S. 400 f. Daselbst auch Angaben über frühere, zum Teil unrichtige Rechtsprechung des RG.]. Aus den gleichen Gründen kann auch im Anwaltsprozeß die Zustellung von Urteilen direkt im Auftrage der Partei rechtswirksam erfolgen [vgl. RG. 22. Jan. 1883 SA. XXXVIII Nr. 263 und verein. Civ.Sen. 3. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 100 S. 392 ff.].

3. Wer ein beim Prozeßgericht zugelassener Rechtsanwalt ist, bestimmt die RAO. §§ 1 bis 20, 99. Die „Ausführung der Parteirechte" (plaidoyer) in der mündlichen Verhandlung kann jeder RA. übernehmen (RAO. § 27 Abs. 2). Ausnahmen: die beim Reichsgericht zugelassenen Anwälte dürfen nicht bei anderen Gerichten auftreten (RAO. § 100 Abs. 2); beim RG. dürfen nur bei diesem Gericht zugelassene Rechtsanwälte auftreten (RAO. § 101). Wegen Vertretung zeitweise verhinderter Rechtsanwälte s. RAO. § 25.

4. Die Notwendigkeit, sich durch einen bei dem Prozeßgericht zugelassenen RA. vertreten zu lassen, besteht nach § 74 Abs. 2 auch in den vor den Landgerichten oder höheren Gerichten anhängigen Prozessen nicht:

a) für das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter. Über die Begriffe „b. R." und „e. R." s. Bem. Nr. 1 zu § 151. Derartiges Verfahren s. §§ 313 ff., 326, 327, 335 Abs. 2, 337 Abs. 2, 340, 367, 399, 441.

b) Für Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, auch wenn dieselben nicht vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden [vgl. RG. 4. März 1879 Entsch. III Nr. 104 S. 374]. Derartige Prozeßhandlungen sind das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 36), das Ablehnungsgesuch (§§ 44, 371), Kostenfestsetzungsgesuch (§ 98), Gesuch um Bewilligung des Armenrechts (§ 109), Aussetzungsgesuch (§ 225), Gesuch um Entbindung vom Zeugnis (§ 351), Gesuch um Beweiserhebung zur Sicherung des Beweises (§ 448), Beschwerdeeinlegung in den in Abs. 2 des § 532 vorgesehenen Fällen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 532), Gesuche in dem Arrest oder einstweilige Verfügungen betreffenden Verfahren nach §§ 800, 814, 815, Aufgebotsanträge (§ 824). Daß Anträge auf Entmündigung oder Wiederaufhebung derselben (§§ 596, 617, 621, 625) dem Anwaltszwang nicht unterliegen, ergiebt sich schon aus § 74 Abs. 1. Das gleiche gilt für das Mahnverfahren (§ 629), das Verfahren beim Vollstreckungsgericht (weil Amtsgericht, § 684) und das Verfahren vor dem Konkursgericht (vgl. KO. §§ 64, 65, 127). — Die Motive (S. 99) bemerken einleitend zu § 74 Abs. 2:

> „Der Anwaltszwang wird nicht erfordert für Prozeduratte, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandteile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht darstellen."

In dieser Allgemeinheit ist die Bemerkung nicht richtig. Vielmehr sind die Ausnahmen vom Anwaltszwang auf die in Abs. 2 des § 74 bezeichneten Fälle beschränkt; es lag auch kaum in der Absicht der Verfasser der Motive, in jener Bemerkung ein über § 74 Abs. 2 hinausgreifendes Prinzip aufzustellen; sie wollten wohl nur die gesetzlichen Ausnahmen rechtfertigen [vgl. Wach I S. 610].

c) Kein Anwaltszwang besteht für solche auf den Prozeß einwirkende Handlungen, welche nicht Prozeßhandlungen sind. So ist z. B. ein Verzicht auf Einspruch oder auf Rechtsmittel gültig, auch wenn derselbe von der Partei selbst erklärt ist [bayr. o. LG. in Bl. f. RA. XLVI S. 401 und SA. XXXVII Nr. 161]; dgl. ein außergerichtliches Anerkenntnis, ein Vergleich ꝛc.

5. Abs. 3 des § 74 ist dahin zu verstehen, daß ein bei dem Prozeßgericht zugelassener Anwalt nicht bloß in eigener sondern auch in fremder Angelegenheit als „gesetzlicher Vertreter", z. B. als Vormund, den Prozeß selbst führen kann. Rechtskundige sind nicht vom Anwaltszwang befreit. — Der Staatsanwalt, welcher in Ehe- und Entmündigungssachen auftritt, bedarf keiner Vertretung durch einen Rechtsanwalt.

6. Insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, sind Prozeßhandlungen, welche nicht von einem bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt vorgenommen werden, ungültig. Diese Ungültigkeit ist von Amtswegen zu beachten; sie kann nicht nach § 267 geheilt werden.

§ 75.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen.

Mot. S 96—101. KPr. S. 29, 514.

1. Im Parteiprozesse, d. i. im Verfahren vor den Amtsgerichten, ferner in den in § 74 Abs. 2 bezeichneten Fällen kann jede Person, welche selbst prozeßfähig ist (§§ 50—58), zum Bevollmächtigten bestellt werden. Das Gesetz beseitigt partikularrechtliche Bestimmungen, welche die Befähigung zur Übernahme der Prozeßvertretung an weitere Voraussetzungen knüpften. Aus §§ 50, 51 folgt, daß Frauen von der Prozeßvertretung nicht ausgeschlossen sind. Beschränkungen für Gerichtsvollzieher enthält die preuß. GVO. § 37.

2. Die Zulassung aller prozeßfähigen Personen als Prozeßbevollmächtigten wird korrigiert durch § 143, wonach das Gericht Bevollmächtigten, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag untersagen, auch solche Bevollmächtigte, welche das Verhandeln vor Gericht gewerbsmäßig betreiben, zurückweisen kann.

3. Soweit Anwälte im Parteiprozesse als Prozeßbevollmächtigte auftreten, sind sie den Nichtanwälten regelmäßig gleichgestellt. Auf dieselben finden z. B. die Vorschriften der §§ 79 Abs. 2, 83 Abs. 1, 84 Abs. 2 über die Vollmacht im Parteiprozesse Anwendung. Ausnahmsweise ist den Anwälten auch im Parteiprozesse eine besondere, den gewöhnlichen Prozeßbevollmächtigten nicht zukommende Stellung eingeräumt in § 125 bezüglich der Mitteilung von Urkunden von Hand zu Hand, in § 143 Abs. 4 bezüglich der Zurückweisung, in § 181 bezüglich der Zustellung von Anwalt zu Anwalt.

§ 76.

Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben.

Eine Privaturkunde muß auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt werden. Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls.

Mot. S. 101, 102. KPr. S. 29—31,49, 50, 514—516, 659, 660.

1. Die §§ 76—84 gelten, soweit nicht in §§ 79, 83, 84 für den Anwaltsprozeß besonderes verordnet ist, für den Anwalts- und für den Parteiprozeß. Auch der einer armen Partei bei Bewilligung des Armenrechts beigeordnete Offizialanwalt (§ 107 Nr. 1 vgl. RAO. § 34), ebenso der nach § 609 und RAO. § 33 beigeordnete Anwalt bedarf der Vollmacht. Ausnahme von der Pflicht, die Bevollmächttigung nachzuweisen: § 643.

2. Der Nachweis der Bevollmächtigung ist im Parteiprozesse stets, im Anwaltsprozesse, wenn der Gegner den Mangel der Vollmacht gerügt hat (vgl. § 84), nötig. Die Beweisführung ist beschränkt; als Beweismittel ist nur die durch Schrift hergestellte Urkunde zugelassen. Daß die Urkunde unterschrieben sein muß, ist nicht in § 76 gesagt; ergiebt sich aber für Privaturkunden aus § 381. Die Vollmacht eines Analphabeten ist in der Form auszustellen, welche das Landesrecht überhaupt für solche Personen als Surrogat der Schriftform verlangt.

Natürlich ist auch die im Termin vor Gericht erklärte und im Sitzungsprotokoll festgestellte Bevollmächtigung schriftliche Vollmacht im Sinne des Gesetzes (vgl. Mot. S. 101, KPr. S. 30).

Die Vollmacht ist entweder Vollmacht für den Prozeß in seiner Totalität (Prozeßvollmacht) oder Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen (§ 79 Abs. 2). Erstere kann auf Vollmacht zur Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten (Generalvollmacht) beruhen.

3. Zu Abs. 2: Privaturkunde ist jede Urkunde, welche nicht öffentliche Urkunde ist (vgl. KPr. S. 659). Der Begriff „öffentliche Urkunde" ergiebt sich aus §§ 380, 382, 383. Daß die von einer öffentlichen Behörde, z. B. von einer Gemeindebehörde, einer öffentlich anerkannten Stiftung, einer Kirchenverwaltung, in einem Rechtsstreite, welchen sie kraft ihres Amtes führt, ausgestellte Vollmacht, wenn diese mit Dienstsiegel und Unterschrift versehen ist, eine öffentliche Urkunde ist, und daß daher Beglaubigung nicht verlangt werden kann, wurde in den Kommissionsverhandlungen ausdrücklich konstatiert (KPr. S. 659, 660). Über Vorlage öffentlich beglaubigter Abschrift von öffentlicher Urkunde vgl. § 400. Ist die zum Nachweise der Bevollmächtigung vorgelegte Urkunde Privaturkunde und nicht bereits gerichtlich oder notariell beglaubigt, so hat der Gegner die Befugnis, gerichtliche oder notarielle Beglaubigung zu verlangen. Das Verlangen der Beglaubigung bedarf keiner Begründung; dasselbe kann in jedem Stadium des Verfahrens geltend gemacht werden.

Beglaubigung ist die Bestätigung, daß die Unterschrift der Urkunde echt sei. Gerichtliche oder notarielle Beglaubigung kann der Gegner verlangen. Mit Beglaubigung durch andere mit fides publica versehene Behörden (z. B. Gemeinde- oder Kirchenbehörden) braucht sich der Gegner nicht zu begnügen (KPr. S. 29 f.). — Wegen Beglaubigung durch außerdeutsche Gerichte und Notare vgl. RG. v. 1. Mai 1878 § 2 (RGBl. S. 89), ferner Vertrag mit Österreich-Ungarn v. 25. Febr. 1880 (RGBl. 1881 S. 4). — Notariatsbefugnisse der Reichskonsuln s. RG. v. 8. Nov. 1867 § 16; Reichs-Verf. Art. 80.

Über die Form, in welcher die Beglaubigung durch das Gericht oder den Notar zu erfolgen hat, enthält die Prozeßordnung keine positive Vorschrift; sie schreibt bloß negativ vor, daß es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls bedürfe. Landesgesetze, welche derartige formale Erfordernisse für die Beglaubigung der Vollmacht aufstellten, sind aufgehoben. Soweit dagegen Landesgesetze vorschreiben, daß zur Feststellung der Identität einer dem Gericht oder Notar unbekannten Person Zeugen beizuziehen seien, sind sie durch die PrO. nicht berührt. Die Kosten der Beglaubigung hat der Vollmachtgeber auszulegen, vorbehaltlich der Erstattungspflicht nach § 87.

Wird die verlangte Beglaubigung einer Privaturkunde nicht beigebracht, wozu Frist nach § 85 zu gewähren ist, so ist die Bevollmächtigung nicht ordnungsmäßig nachgewiesen; daher so zu verfahren, wie überhaupt beim Mangel des Nachweises der Bevollmächtigung (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 84).

4. Die schriftliche Vollmacht ist zu den Gerichtsakten abzugeben und bei diesen zu belassen. Abzugeben ist, wenn Beglaubigung verlangt ist, die beglaubigte Vollmacht (vgl. KPr. S. 514—516). Ist eine Vollmacht zu den Akten des Prozeßgerichts abgegeben, so genügt dieselbe auch für das Vollstreckungsstadium. Es ist gestattet, vor dem möglicherweise vom Prozeßgericht verschiedenen Vollstreckungsgericht sich auf jene Vollmacht zu beziehen (KPr. S. 516).

5. Die Bestimmungen des HGB. Art. 42, 47, 58 und der WO. Art. 17 sind dem Abs. 1 des § 76 gegenüber gemäß EG. § 13 Abs. 1 aufrecht erhalten. Nachzuweisen ist die Bestellung zum Prokuristen bzw. zum Handlungsbevollmächtigten mit Prozeßführungsbefugnis durch eine zu den Akten abzugebende Urkunde, welche, wenn Privaturkunde, auf Verlangen des Gegners beglaubigt werden muß. Das Original des Wechsels mit dem Prokuraindossament muß nicht zu den Akten abgegeben werden [Gaupp I S. 254]; auch kann nicht dessen Beglaubigung verlangt werden.

§ 77.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden

Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden; zur Bestellung eines Vertreters, sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen; zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs; zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

Mot. S. 102—104. KPr. S. 31, 32, 516.

1. § 77 bestimmt den gesetzlichen Umfang der Prozeßvollmacht. Dieselbe erstreckt sich auf „alle den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen." Damit ist das gemeinrechtliche System der Spezialvollmacht verlassen. Zu den Prozeßhandlungen gehört insbesondere auch Betrieb und Annahme von Zustellungen und Ladungen, Geständnis (§ 261), Klagänderung (KPr. S. 31, 32), Klagerweiterung (§§ 240 und 253), Zurücknahme der Klage (§ 243), Zuschiebung, Annahme, Zurückschiebung von Eiden. Wegen Ableistung von Eiden s. § 440.

2. Das Gesetz erstreckt ausdrücklich die Vollmacht auf den Widerklageprozeß (§ 33), auf das Wiederaufnahmeverfahren (§§ 541 ff.), auf die Zwangsvollstreckung und die aus Veranlassung derselben (z. B. nach §§ 667, 685 ff., 690, 696, 710) entstehenden Prozesse, obwohl diese Prozeduren nicht integrierende Teile des Prozesses sind, für welchen die Vollmacht erteilt ist [vgl. Wach I § 50 N. 20 und 24. AM. bezüglich der Klage nach § 690 Petersen (Hamburg) Ztschr. f. d. CPr. IX S. 362 ff.]. — Weitere Ausdehnungen s. § 78.

3. Die Prozeßvollmacht enthält kraft Gesetzes:

a) die Substitutionsbefugnis d. i. die Befugnis, die Handlungen, zu denen der Bevollmächtigte ermächtigt ist, durch einen andern vornehmen zu lassen, mit der Wirkung, wie wenn der Bevollmächtigte selbst sie vorgenommen hätte. Der Substitut kann insbesondere auch Zustellungen mit dieser Wirkung betreiben [vgl. RG. 12. März 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1061, 7. Dez. 1885 eod. XXX S. 1108]. Aber der Substitut tritt weder als zweiter Prozeßbevollmächtigter neben den Substituenten, noch tritt er als Prozeßbevollmächtigter an dessen Stelle. Seine Handlungsbefugnis beruht auf mittelbarer Vollmacht. Der Substituent und zwar er allein bleibt trotz der Substitution der Prozeßbevollmächtigte der Partei. An ihn haben die Zustellungen nach §§ 162, 164 zu erfolgen. [RG. 29. Juni 1883 Entsch. XI Nr. 93 S. 369, 27. März 1884 Beitr. z. E. d. d. R. XXVIII S. 1128, 3. Jan. 1885 SA. XL Nr. 248, 12. März 1885 Beitr. z. E. d. d. R. XXIX S. 1058, 7. Dez. 1885 eod. XXX S. 1108, OLG. Braunschweig SA. XLII Nr. 251.] Durch seinen Tod erlischt die Befugnis des Substituten, im Prozeß zu handeln; sein Tod bewirkt daher trotz dem Vorhandensein des Substituten die Unterbrechung des Verfahrens [RG. 29. Juni 1883 Entsch. XIII Nr. 93 S. 369, 16. Febr. 1884 XIV Nr. 92 S. 333].

b) Die Befugnis zur Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die höheren Instanzen. Soweit der Bevollmächtigte der unteren Instanz Prozeßbevollmächtigter für die höhere Instanz sein kann, was im Anwaltsprozesse von der Zulassung als Anwalt bei dem höheren Gericht abhängt, umfaßt die Prozeßvollmacht auch die Ermächtigung zur Prozeßführung in der höheren Instanz und zur Bestellung eines Substituten im Sinne der litt. a innerhalb des Verfahrens in der höheren Instanz. Von dieser Substitutionsbefugnis zu unterscheiden ist die dem Prozeßbevollmächtigten erteilte Befugnis, einen Prozeßbevollmächtigten für die höhere Instanz zu kreieren. Dieser ist nicht Vertreter des Bevollmächtigten der unteren Instanz, sondern selbst Prozeßbevollmächtigter; an ihn gehen die Zustellungen, sein Tod bewirkt Unterbrechung des Verfahrens.

Ad a und b: Ob und wieweit der Prozeßbevollmächtigte seinem Vollmachtgeber gegenüber für die Handlungen des Substituten bzw. des für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten haftet, bemißt sich nach dem materiellen Recht.

c) Die Befugnis zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich. Diese Befugnis hat, soweit nicht weitere Vollmacht erteilt ist, ihre Grenze im Gegenstand des Prozesses. Der Prozeßbevollmächtigte kann z. B. nicht im Vergleiche das Eigentum der von dem Prozeß gar nicht berührten Sache x abtreten, um vom Gegner die Anerkennung des streitigen Eigentums seiner Partei an der Sache y zu erlangen.

d) Die Befugnis zur Verzichtleistung auf den streitigen Gegenstand (§ 277) und zur Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs (§ 278). Da Verzicht und Anerkenntnis den Prozeß nicht formell beendigen, so ist die Ausdrucksweise des § 77 ad vv. „zur Beseitigung des Rechtsstreites durch . . . Verzichtleistung ꝛc." nicht ganz korrekt.

e) Zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten und zwar nicht etwa bloß der dem Bevollmächtigten gebührenden Kosten. Die Empfangsbefugnis schließt in sich die Quittierungsbefugnis. — Andere Leistungen als die Kosten darf der Prozeßbevollmächtigte als solcher für den Vollmachtgeber nur in Empfang nehmen, wenn ihm Vollmacht dazu erteilt ist. Die Erfüllung der streitigen Verpflichtung liegt abseits vom Rechtsstreit (vgl. Mot. S. 102).

§ 78.

Die Vollmacht für den Hauptprozeß umfaßt die Vollmacht für das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

Mot. S. 104, 105. KPr. S. 31, 516.

§ 78 enthält weitere Bestimmungen über den gesetzlichen Umfang der Prozeßvollmacht. Dieselbe wird erstreckt auf a) die Hauptintervention (§ 61). Nach den Motiven S. 104 soll hier nicht bloß die Hauptintervention des § 61, sondern auch die Exekutionsintervention des § 690 gemeint sein; letztere ist aber schon durch § 77 gedeckt. b) Das einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren, zu welchem der Prozeß Hauptsache im Sinne der §§ 799, 806, 816, 821 ist. Es macht keinen Unterschied, ob das einen Arrest bzw. eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren auf Veranlassung des betreffenden Bevollmächtigten oder des Gegners eingeleitet wurde. Es ist möglich, daß die Partei mit Umgehung des Bevollmächtigten den Arrest oder die einstweilige Verfügung selbst erwirkte. Auch in diesem Falle hat der Prozeßbevollmächtigte die Befugnis zur Parteivertretung in dem Verfahren, welches den Arrest oder die einstweilige Verfügung betrifft. — Die Bevollmächtigung für das einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren umfaßt nicht die Vollmacht für den Hauptprozeß.

§ 79.

Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen erteilt werden.

Mot. S. 104, 105. KPr. S. 31, 32, 516.

1. Die Motive bemerken: „Das Gesetz überläßt grundsätzlich die Beurteilung der inneren Seite des Vollmachtvertrags, das Rechtsverhältnis zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, dem materiellen Rechte. Der Mandant kann daher insoweit die Befugnisse seines Prozeßbevollmächtigten nach Gutdünken beschränken oder erweitern, und es ist nach den Regeln des Civilrechts zu entscheiden, inwiefern der Prozeßmandatar seiner Partei wegen auftragswidriger Prozeßführung haftbar wird. Anders liegt die Sache für das Rechtsverhältnis des Bevollmächtigten zum Prozeßgegner. Nach dem System des Gesetzes würde hier jede Beschränkung der gesetzlich notwendigen Vertretungsrechte des Prozeßbevollmächtigten das Verfahren erschweren oder unmöglich machen und den Gegner gefährden. Es bestimmt daher der § 79, daß eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirksamkeit hat, insoweit nicht diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht (§ 277) oder Anerkenntnis (§ 278) betrifft. Das Gesetz folgt hiermit der im Gebiete des Handelsrechts (vgl. Art. 42, 43, 116, 138, 231 u. a. des Handelsgesetzbuchs und § 23 des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868 über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) zur Anerkennung gebrachten Richtung und entspricht damit den Bedürfnissen des Prozesses und der Sicherheit des Verkehrs."

2. Die in Abs. 1 zugelassenen Beschränkungen des normalen Inhalts der Prozeßvollmacht sind sowohl im Anwalts- wie im Parteiprozesse möglich (Nord. Prot. S. 214). Sie können in der Vollmachtsurkunde erklärt sein; in diesem Fall sind sie dem Gegner gegenüber wirksam, auch wenn die Vollmacht dem Gegner nicht mitgeteilt ist, was im Anwaltsprozeß wegen Abs. 2 des § 84 leicht vorkommen kann. [AM. OLG. Kiel SA. XL Nr. 57.] Die Beschränkungen können aber auch nachträglich erklärt werden; in diesem Fall sind sie dem Gegner gegenüber nur wirksam, wenn sie demselben mitgeteilt sind [vgl. Wach I § 50 N. 31, 32].

3. Alle in Abs. 1 nicht zugelassenen Beschränkungen der Vollmacht — also insbesondere auch Beschränkung bezüglich der Klagänderung (vgl. KPr. S. 31, 32), der Zurücknahme der Klage, des Verzichts auf Rechtsmittel, der Substitution, der konnexen Rechtsstreitigkeiten (s. Bem. Nr. 2 zu § 77 und den § 78) — sind dem Gegner gegenüber bedeutungslos. Auch durch Bekanntgabe unzulässiger Beschränkungen an den Gegner wird die Gültigkeit der betreffenden Handlungen der Prozeßbevollmächtigten nicht beeinträchtigt.

4. Zu Abs. 2: Im Anwaltsprozesse muß ein Rechtsanwalt mit Prozeßvollmacht im Sinne des § 77 (vorbehaltlich der im § 79 zugelassenen Beschränkungen) vorhanden sein; daher ist hier für eine Bevollmächtigung zu einzelnen Prozeßhandlungen kein Raum. Soweit dagegen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, also im Verfahren vor dem Amtsgerichte und in den Fällen des § 74 Abs. 2, kann auch eine „Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen" gegeben werden (Spezialvollmacht). Die Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen muß sich ihrem Inhalte nach als solche darstellen, welche die allgemeine Ermächtigung „zur Prozeßführung" ausschließt. Durch welche Ausdrucksweise dies geschehen kann, ist nicht bestimmt. Die der allgemeinen Ermächtigung zur Prozeßführung beigefügte Ausnahme einzelner Prozeßhandlungen macht die Vollmacht nicht zur Spezialvollmacht im Sinne des § 79 Abs. 2. Auf die Spezialvollmacht des § 79 Abs. 2 finden die §§ 76, 80—85 Anwendung.

§ 80.

Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung.

Mot. S. 105. KPr. S. 32, 516.

1. Die Klausel „samt und sonders" in der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung. Das Rechtsverhältnis zwischen den mehreren Bevollmächtigten und dem

Vollmachtgeber bleibt unberührt; letzterem gegenüber kann die Verpflichtung zu gemeinschaftlicher Vertretung bestehen.

2. In Anwaltsprozessen können die mehreren „Prozeßbevollmächtigten" nur Anwälte sein. Wird neben dem Anwalt jemand, der nicht ein bei dem Prozeßgericht zugelassener Anwalt ist, als „Prozeßbevollmächtigter" bestellt, so ist das für den Prozeß bedeutungslos.

3. Zu unterscheiden von dem Falle mehrerer Prozeßbevollmächtigten ist die Aufstellung mehrerer Bevollmächtigten zu verschiedenen einzelnen Prozeßhandlungen (§ 79 Abs. 2). — Daß neben dem § 80 die abweichenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Art. 41 Abs. 3, Art. 86 Nr. 4, 100, 115 weiter gelten, erhellt aus EG. § 13.

4. Wegen der Gebühren mehrerer Bevollmächtigter vgl. § 87 Abs. 2 und GO. f. RA. § 2.

§ 81.

Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Dies gilt von Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen, insoweit nicht dieselben von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.

Motive S. 105, 106. KPr. S. 32, 516.

1. Soweit die Vollmacht gemäß §§ 77—79 reicht, ist der Prozeßbevollmächtigte Stellvertreter (Repräsentant) des Vollmachtgebers. Die vom Prozeßbevollmächtigten als solchen vorgenommenen Prozeßhandlungen (wozu auch die Unterlassungen und Versäumnisse gehören) wirken direkt für und gegen den Repräsentierten, wie wenn sie von diesem selbst vorgenommen wären; der Repräsentant selbst wird von den Wirkungen der Prozeßhandlungen nicht berührt. Das Urteil ist auf den Namen der Partei zu stellen und erlangt Rechtskraft nur für und gegen die Partei. [Vgl. dazu Wach I S. 562 f.]

2. Die Wirkung der vollen Repräsentation tritt auch bei nachträglicher Genehmigung der Prozeßführung ein. Es ergiebt sich dies für das gemeine Recht aus l. 12 § 4 D. de solut. 46, 3; l, 60 D. de R. I. 50, 17; c. 10 in 6to de R. I. 5, 13. Daß die CPrO. diesen Grundsatz anerkennt, ist aus §§ 85 Abs. 2, 513 Nr. 5, 542 Nr. 4 zu entnehmen.

3. Der zweite Satz des § 81 bezweckt nicht, das Überflüssige auszusprechen, daß das Repräsentationsverhältnis auch für Geständnisse und andere thatsächliche Erklärungen gilt, sondern ist um des für diese Prozeßhandlungen der Partei eingeräumten Widerrufs- und Berichtigungsrechts willen angefügt. Dieses Recht (vgl. l. 3 C. de err. adv. 2, 9) steht nur der Partei zu, die in der mündlichen Verhandlung neben dem Bevollmächtigten erschienen und als Partei aufgetreten ist, und bezieht sich nur auf die in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Geständnisse (§ 261) und thatsächlichen Erklärungen. Was unter thatsächlichen Erklärungen zu verstehen ist, ist nicht ganz sicher. Es können damit entweder nur die Erklärungen über thatsächliche Behauptungen des Gegners und die Geschichtserzählungen des Bevollmächtigten [so Struckm. Koch § 81 N. 1, Petersen I S. 240, Wilm. Levy N. 1 zu § 81, A. Förster N. 2 zu § 81, Wach I S. 609] oder alle Erklärungen, welche nicht Rechtsdeduktionen sind, also auch Anerkenntnisse (§ 278), Verzichte (§ 277), Vergleichs-, Eideserklärungen rc. gemeint sein [so Hellmann Komm. I S. 293, v. Sarwey I S. 159, Gaupp I S. 262]. Obwohl in der hannov. PrKomm., wo der dem zweiten Satze des § 81 entsprechende 2. Satz des hannov. Entw. § 103 geschaffen wurde, mehrfach die Rede davon war, daß bei jeder Differenz zwischen einer Erklärung des Prozeßbevollmächtigten und der Erklärung der anwesenden Partei die letztere den Vorrang haben solle (hann. Prot. S. 1107 ff., 1146 ff.),

ohne daß zwischen den verschiedenen Arten von Erklärungen unterschieden ward, so ist doch die engere Interpretation die richtige. Jene Äußerungen sind wenig bedeutsam, weil der prinzipielle Standpunkt derjenigen, welche der anwesenden Partei eine Durchkreuzung der Handlungen ihrer Bevollmächtigten gestatten wollten, von anderen bekämpft wurde und der schließlich angenommene Satz als Kompromiß zwischen den widerstreitenden Ansichten zu betrachten ist. Nach der weiteren Interpretation außerhalb der thatsächlichen Erklärungen würden nur Rechtsdeduktionen des Bevollmächtigten übrig bleiben; alle anderen Akte würden dem Desaveu der erschienenen Partei unterliegen. Rechtsdeduktionen sind für den Richter absolut nicht maßgebend; er ist so wenig an die des Bevollmächtigten wie an die einer Partei gebunden; es hätte keinen Sinn, gerade nur die Rechtsdeduktionen des Bevollmächtigten gegenüber abweichenden Deduktionen der Partei aufrecht zu halten. Folglich ist nicht anzunehmen, daß „thatsächliche Erklärungen" alle Prozeßhandlungen mit Ausnahme der Rechtsdeduktionen bezeichnen soll. Hat der Ausdruck aber engere Bedeutung, so ist kaum eine andere Deutung als die erstere möglich. Die Auslegung wird unterstützt durch die Thatsache, daß das im hann. Entw. § 103 und nordd. Entw. § 138 und Entw. I § 79 gebrauchte Wort „insbesondere" vor „von Geständnissen" im Entw. II weggelassen wurde. Nach dem Zeugnisse von v. Wilmowski (Mitglied der Komm., aus deren Beratungen Entw. II hervorging) geschah dies in der Absicht, um die Interpretation, als ob Geständnisse und thatsächliche Erklärungen anderen Prozeßhandlungen gleichgestellt wären, abzuschneiden [Wilm. Levy N. 1 zu § 81).

Der Widerruf und die Berichtigung der miterschienenen Partei muß sofort — d. i. sobald die Partei zum Worte gelangt — erfolgen, wobei natürlich das Ermessen des Richters einigen Raum hat. Erfolgt rechtzeitig Widerruf oder Berichtigung, so ist das Vorbringen des Bevollmächtigten nicht maßgebend, sondern das der Partei.

Aus § 81 folgt nicht [wie RG. 15. Dez. 1883 Entsch. X Nr. 139 S. 423 annimmt], daß der Prozeßbevollmächtigte die Ansprüche seiner Partei nicht auf Thatsachen stützen könne, welche von der Gegenpartei behauptet, von der eigenen Partei aber früher vor dem Prozeßgericht bestritten worden sind. So wenig eine Behauptung der Partei, welche mit einer früheren Behauptung derselben im Widerspruch steht, unzulässig ist — eine andere Frage ist, welchen Einfluß die frühere Behauptung bei der Würdigung des Beweises der zweiten hat, — so wenig ist die Behauptung des Bevollmächtigten wegen Widerspruchs mit früherer Behauptung der Partei unzulässig oder bedeutungslos.

4. Satz 2 des § 81 gilt für den Anwalts- wie für den Parteiprozeß.

§ 82.

Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben; der Bevollmächtigte hat jedoch, wenn er nach Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreite auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen.

Mot. S. 106. KPr. S. 32, 516.

1. Der jüngste RA. verordnete in § 99, daß „die Gewalt gleich Anfangs auf der Partheyen Erben mitgestellt werden" solle; sog. clausula heredum. Die CPrO. verfährt nach Vorbild des HGB. Art. 54 Abs. 2 radikaler, indem sie, mag die Erbenklausel in der Vollmacht stehen oder nicht, bestimmt, daß die Vollmacht (sowohl die Prozeßvollmacht wie die Vollmacht nach § 79 Abs. 2) in ihrer Gültigkeit durch den Tod des Vollmachtgebers nicht berührt wird. Der Übergang auf die Erben ist nicht auf eine Präsumtion der clausula heredum gegründet, kann daher nicht ausgeschlossen werden. Natürlich können die Erben

den Vollmachtsvertrag aufkündigen (§ 83). — Eine Unterbrechung des Verfahrens findet nicht statt; jedoch muß auf Antrag des Bevollmächtigten oder des Gegners die Aussetzung angeordnet werden (§ 223). Auf die Fälle, in welchen dies geschehen ist, bezieht sich der Schlußsatz des § 82. Die Vollmacht erlischt durch die Aussetzung. Auch dieser Vorschrift gegenüber gilt der Grundsatz des § 84 Abs. 2, daß der Mangel der Vollmacht von Amtswegen nur zu berücksichtigen ist, soweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.

2. Ferner bestimmt § 82, daß die Vollmacht nicht aufgehoben wird durch eine Veränderung in der Prozeßfähigkeit des Vollmachtgebers (z. B. durch Wahnsinn, Entmündigung wegen Verschwendung) und durch Veränderung in der gesetzlichen Vertretung (z. B. Aufstellung eines anderen Vormunds, Tod des Vormunds, Aufhören der Vormundschaft wegen erlangter Volljährigkeit des Mündels oder wegen Aufhebung der Entmündigung [vgl. bay. o. LG. Bl. f. RA. LII S. 351], Wechsel in der Vertretung einer juristischen Person). Das Verfahren wird nicht unterbrochen, muß aber auf Antrag des Bevollmächtigten ausgesetzt werden (§ 233). Durch die Aussetzung erlischt auch hier die Vollmacht.

3. Durch Verheiratung der Machtgeberin wird die Vollmacht nicht berührt, arg. § 51 Abs. 2 (Mot. S. 106).

§ 83.

Dem Gegner gegenüber erlangt die Kündigung des Vollmachtvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts rechtliche Wirksamkeit.

Der Bevollmächtigte wird durch die von seiner Seite erfolgte Kündigung nicht gehindert, für den Vollmachtgeber solange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.

Mot. S. 106, 107. KPr. S. 32, 516, 517.

1. Über die Berechtigung zur Kündigung des Vollmachtsvertrags (richtiger: des Auftragsverhältnisses) entscheidet das Civilrecht. Nach gemeinem Recht und nach den Partikularrechten kann das Auftragsverhältnis von beiden Seiten jederzeit gekündigt werden, unbeschadet der Verpflichtung des Beauftragten, bei einer unzeitigen Kündigung von seiner Seite die Interessen des Auftraggebers noch weiterhin zu wahren (vgl. l. 22 § 11, l. 23—25, l. 27 § 2 D. mandati 17, 1; Preuß. ALR. I 13 §§ 172 ff.). Die mit dem dominium litis des procurator im röm. Recht zusammenhängenden Beschränkungen der Kündigungsbefugnis des Bevollmächtigten (l. 45 § 1 D. mand. 17, 1; l. 16 D. de proc. 3, 3; l. 22 C. de proc. 2, 13) waren schon im früheren gem. Prozeß beseitigt.

2. Zu Abs. 1: Bis das Erlöschen der Vollmacht und in Anwaltsprozessen die Bestellung eines anderen Anwalts dem Gegner angezeigt ist, gilt dem Gegner gegenüber die bisherige Vollmacht als fortdauernd. Die Handlungen des Bevollmächtigten haben bis zu diesem Zeitpunkte Repräsentationswirkung (§ 81); der Gegner muß an den Bevollmächtigten (§ 162), darf nicht an die Partei zu stellen [vgl. OLG. Kiel SA. XL Nr. 242]. Für die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht ist keine Form vorgeschrieben; dieselbe kann mündlich oder schriftlich von dem Vollmachtgeber wie von dem Bevollmächtigten gemacht werden. Die Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts im Anwaltsprozeß muß durch Schriftsatz des neuen Anwalts geschehen.

3. Zu Abs. 2. Hier ist nur bestimmt, daß der Bevollmächtigte trotz Niederlegung der Vollmacht für den Vollmachtgeber noch prozessualische Handlungen vorzunehmen befugt,

nicht daß er hierzu verpflichtet ist. [Die gegenteilige Äußerung in den Mot. S. 106 beruht auf Mißverständnis.] Ob er dem Auftraggeber gegenüber dazu verpflichtet ist, ist aus dem materiellen Recht zu bemessen. Vgl. Bem. Nr. 1. Die Befugnis zum Handeln für den Vollmachtgeber wird durch die dem Gegner erstattete Anzeige von der Niederlegung der Vollmacht nicht berührt. Sie erlischt vielmehr erst dadurch, daß der Vollmachtgeber dem Gegner die Zurücknahme der Vollmacht anzeigt, im Anwaltsprozesse aber erst durch die Anzeige der Bestellung des neuen Anwalts [vgl. Wach I S. 584 f.].

§ 84.

Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden.

Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.

Mot. S. 107–109. KPr. S. 32, 33, 517.

1. Abs. bezieht sich auf den Anwalts- wie auf den Parteiprozeß und zwar sowohl auf das Verlangen schriftlicher Vollmacht (§ 76 Abs. 1) wie auf das Verlangen der Beglaubigung (§ 76 Abs. 2). Die Rüge des Mangels der Vollmacht ist nicht prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 247. Auch in höherer Instanz kann der Mangel der Vollmacht gerügt werden. Die Rüge kann zurückgenommen werden.

2. Abs. 2 gilt für alle Verhandlungen und Prozeßakte, für welche nicht Anwaltszwang besteht, also nicht bloß für den amtsgerichtlichen Prozeß, sondern auch für die Prozeduren des § 74 Abs. 2. Daher hat z. B. der beauftragte oder ersuchte Richter Vollmacht von Amtswegen zu verlangen, wenn auch der Prozeß bei einem Landgerichte anhängig ist. [Die von Gaupp I S. 272 behauptete Beschränkung auf den amtsgerichtlichen Prozeß widerspricht dem § 84, welcher nur den Anwälten, soweit sie als solche auftreten, eine Art von Vollmachtspräsumtion zu teil werden läßt. In den Prozeduren des § 74 Abs. 2 können aber auch Nichtanwälte Bevollmächtigte sein; soweit Anwälte auftreten, sind sie nicht anders gestellt. So auch Struckm. Koch N. 5, Petersen S. 169, Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 5].

Das Gesetz schreibt nicht vor, in welchem Stadium des Prozesses der Mangel der Vollmacht spätestens von Amtswegen zu berücksichtigen ist. Daß das Gericht den Mangel der Vollmacht in der mündlichen Verhandlung berücksichtigen muß, ergeben die §§ 130 Abs. 2 und 300 Nr. 1. Bei dem Gesuch um Terminsbestimmung ist der Mangel der Vollmacht noch nicht zu berücksichtigen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 193.) [So auch Hellmann Bl. f. RA. XLV S. 193 ff., 209 ff.]. In dem Verfahren ohne obligatorische mündliche Verhandlung (vgl. Bem. Nr. 6 zu § 119) muß das Gericht den Mangel der Vollmacht spätestens vor der Entscheidung berücksichtigen.

Daraus, daß der Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen ist, folgt: der Vorsitzende hat auf den Mangel der Vollmacht aufmerksam zu machen (§ 130 Abs. 2). Der Mangel ist in jeder Lage des Rechtsstreits zu beachten. Das Zugeständnis des Gegners bildet das Gericht nicht, die Vollmacht als vorhanden anzunehmen. Es zessieren die sog. fingierten Geständnisse der §§ 129 Abs. 2, 296 Abs. 1.

3. Kann der als Bevollmächtigter Auftretende die Bevollmächtigung nicht durch Vorlage der Vollmachtsurkunde (§ 76) nachweisen, so ist er vorbehaltlich des § 85 Abs. 1 zurückzuweisen. Die von ihm bereits vorgenommenen Prozeßhandlungen gelten jedoch als von der Partei vorgenommen (§ 81), wenn die Partei auch nur mündlich Vollmacht erteilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat (§ 85 Abs. 2, vgl. §§ 513 Nr. 5, 543 Nr. 5, dann Bem. Nr. 3 zu § 85). Ist weder das eine noch

das andere der Fall, so sind die Prozeßhandlungen wegen Mangels der Vertretungsbefugnis für die Partei nicht berechtigend und nicht verpflichtend. [Vgl. Wach I S. 601, Planck I S. 237.] Im Termin zur mündlichen Verhandlung oder zur Beweiserhebung ist die Partei, für welche ein Nichtbevollmächtigter auftreten will, nicht erschienen. Gegen die nichterschienene Partei ist (vorbehaltlich des § 85) Versäumnisurteil nach allgemeinen Regeln zu erlassen. Nach diesen gehört aber die ordnungsmäßige Erhebung der Klage zu den Voraussetzungen eines Versäumnisurteils. Ist die Klage von einem Nicht- (auch nicht mündlich) Bevollmächtigten erhoben und nicht genehmigt, so liegt keine für und gegen die Partei geltende Klage vor. Es kann kein Urteil zur Sache, folglich auch kein Versäumnisurteil gegen die Partei ergehen. [Vgl. Struckm. Koch 5. Aufl. N. 4 zu § 85, Levy Wilm., 4. Aufl. N. 1 zu § 84, Wach I S. 602 f., Planck I S. 237. Mißverständlich eine Äußerung des Direktor v. Amsberg in KPr. S. 517, nach welcher es scheinen könnte, als ob in diesem Falle Versäumnisurteil gegen die Partei erlassen werden könnte.] Wird überhaupt eine Entscheidung nötig, so kann dieselbe nicht Einstellungsbeschluß [wie Just Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 323 ff. und Planck I S. 237 f. annehmen], sondern nur Urteil sein, und zwar muß dieses auf Zurückweisung der von dem falsus procurator erhobenen Klage lauten und der letztere in die Kosten verurteilt werden [so jetzt auch Struckm. Koch N. 1 zu § 85, Wilm. Levy N. 1 zu § 84 und Wach I S. 603]. Daß der falsus procurator in die Kosten verurteilt werden muß, folgt einfach daraus, daß er, nicht derjenige für den er klagen wollte, die unterliegende Partei ist. Ist die Klage von einem zur Vertretung Berechtigten erhoben, dann kann ein Versäumnisurteil nach § 295 oder § 296 erlassen werden, wenn im Termin für den Kläger oder Beklagten ein falsus procurator auftreten will.

4. In entsprechender Weise ist im Rechtsmittelverfahren zu entscheiden. Insbesondere ist das Rechtsmittel, welches ein f. pr. eingelegt hat, zurückzuweisen und der f. pr. in die Kosten zu verurteilen. — Tritt im Laufe eines Verfahrens, in welchem die Regeln der §§ 295 ff. nicht Platz greifen, ein f. pr. auf, so sind seine Anträge zurückzuweisen bzw. nicht zu berücksichtigen.

5. Wird im Anwaltsprozesse die Vollmacht nicht bei Beginn des Prozesses sondern später verlangt und kann dieselbe nicht beigebracht werden, so ist nicht anders zu verfahren und zu urteilen, wie wenn die Rüge des Vollmachtsmangels gleich zu Anfang erfolgt wäre. Mit Unrecht wird behauptet [Struckm. Koch N. 2 zu § 84, Endemann I S. 384], daß mit Rücksicht auf § 267 die vor der Rüge liegenden Handlungen rechtsgültig seien. § 267 ist schon deswegen nicht anwendbar, weil das Gesetz das Verlangen der Vollmacht in jedem Stadium des Verfahrens gestattet. Der Gegner der Partei, für welche der falsus procurator auftritt, kann doch nicht durch Unterlassung der Rüge eine Vertretung seines Gegners schaffen. [So auch Wilm. Levy N. 1, Förster N. 3 zu § 84, Wach I S. 601 N. 16.]

§ 85.

Handelt jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Prozeßführung einstweilen zugelassen werden. Das Endurteil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Die Partei muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen, wenn sie

auch nur mündlich Vollmacht erteilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

Mot. S. 109. 110. KPr. S. 33, 517.

1. Das Gesetz stellt es dem richterlichen Ermessen anheim, jemanden, der die Prozeßfähigkeit hat, als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigten ohne Beibringung einer Vollmacht (bzw. im Falle des § 76 Abs. 2 ohne beglaubigte Vollmacht) für die klagende oder die beklagte Partei gegen oder ohne Sicherheitsleistung (bezüglich der Sicherheitsleistung gelten die Vorschriften der §§ 101, 195) für Kosten und Schäden, welche dem Gegner durch die Nichtbeibringung der Vollmacht bzw. Genehmigung erwachsen, zur Prozeßführung, d. i. zu jeder Art prozessualischer Thätigkeit, einstweilen zugelassen. Erhebt der Gegner gegen die einstweilige Zulassung keine Einwendungen, so bedarf es keiner Entscheidung. Werden Einwendungen erhoben, so liegt ein Zwischenstreit vor, der durch Zwischenurteil oder auch in den Gründen des Endurteils zu entscheiden ist. Die Zulassung ist eine provisorische, sie kann zurückgenommen werden. Zur Beibringung der Vollmacht bzw. Genehmigung der Partei ist eine Frist zu bestimmen. Zweckmäßiger Weise wird in dem mündliche Verhandlung erfordernden Verfahren die Frist in Verbindung mit der Bestimmung eines weiteren Termins zur mündlichen Verhandlung gebracht [vgl. Schneider Arch. f. c. Pr. LXVI S. 281]. Die Frist kann verlängert werden. Auch die nach Ablauf der Frist erfolgende Genehmigung ist zu berücksichtigen, wenn sie vor dem Urteil erfolgt. Wird die Genehmigung beigebracht, so ist die Sache in Ordnung; die Prozeßhandlungen des Vertreters gelten für die Partei; das Verfahren kann seinen Fortgang nehmen. Wird die Genehmigung nicht erbracht und Fristverlängerung nicht erteilt, so sind die Handlungen des Zugelassenen für die Partei vorbehaltlich des Abs. 2 unwirksam. Nach Ablauf der Frist ist Endurteil bezw. in einem Verfahren, das nicht zu einem Urteil führen kann (z. B. bei Anträgen auf Beweiserhebung zur Sicherung des Beweises), Beschluß zu erlassen. Die Prozeßlage ist die gleiche, wie in dem Falle, daß jemand als f. pr. befunden wird. Es ist daher so zu verfahren und zu entscheiden, wie in Bem. Nr. 3 und 4 zu § 84 dargelegt ist.

2. Beseitigt sind die gemeinrechtlichen Bestimmungen, nach denen jemand ein Recht darauf hatte, mit oder ohne cautio rati bzw. cautio iudicatum solvi ohne Vollmacht als Prozeßführer für einen andern zugelassen zu werden.

3. Es kann vorkommen, daß jemand ohne die Bevollmächtigung durch schriftliche Vollmacht nachgewiesen zu haben, zur Prozeßführung für eine Partei zugelassen wird. Dies ist vor allem im Anwaltsprozeß möglich, wenn der Gegner den Mangel der Vollmacht nicht rügt; aber auch im Parteiprozesse, wenn das Gericht aus Versehen trotz § 84 schriftliche Vollmacht nicht verlangt; desgleichen bei provisorischer Zulassung nach § 85 Abs. 1. Für diese Fälle ist der Abs. 2 des § 81 gemünzt. Die Partei, für welche jemand ohne schriftliche Vollmacht beizubringen, prozessualisch gehandelt hat, muß dessen Handlungen gleichwohl gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht erteilt oder die Prozeßführung ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen genehmigt hat. Im Einklang damit steht §§ 513 Nr. 5 und 542 Nr. 4. Vgl. a. Bem. Nr. 3 zu § 84. Der Beweis der Vollmachtserteilung oder Genehmigung kann durch alle Beweismittel geführt werden, welche nach allgemeinen Regeln zulässig sind.

Partikularrechtliche Vorschriften, welche für Vollmacht oder Genehmigung Schriftform zur Gültigkeit erfordern, sind, insoweit § 85 Abs. 2 disponiert, beseitigt.

§ 86.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Partei mit jeder prozeßfähigen Person als Beistand erscheinen.

Das von dem Beistande Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht, insoweit es nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt wird.

Mot. S. 110, 111. KPr. S. 33, 517.

1. Über geschichtliche Entwickelung der Beistandschaft (Advokatur) vgl. Planck I § 35. Dogmatisches bei Wach I S. 605 f., Planck I § 49, Hellmann Lehrb. S. 260 f. — Beistand ist die Person, welche mit der Partei (nicht anstatt derselben) oder mit ihrem gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreter vor Gericht (also im Termin, sei es Termin zur mündlichen Verhandlung oder zur Beweiserhebung) erscheint, um die Partei in der Rechtsverfolgung oder Verteidigung zu unterstützen. Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, also im Parteiprozeß (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 74) und in dem in § 74 Abs. 2 bezeichneten Verfahren (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 74) ist jede prozeßfähige (vgl. § 50 ff.) Person fähig Beistand zu sein. (Ausnahme: Preuß. GVO. § 37 für GV.). Im Anwaltsprozeß (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 74) kann ein Beistand nur mit dem bei dem betreffenden Gericht zugelassenen, bevollmächtigten Rechtsanwalt auftreten und nur ein Rechtsanwalt, aber jeder deutsche Rechtsanwalt ohne Rücksicht auf Zulassung bei dem betreffenden Gericht (vgl. RAO. §§ 26, 27 Abs. 2) Beistand sein. Ausnahme: die bei dem Reichsgericht zugelassenen Anwälte dürfen bei einem anderen Gericht nicht als Beistände auftreten (RAO. § 100 Abs. 2).

2. Der Beistand kann alle Arten von Prozeßhandlungen, welche im Termine möglich sind, vornehmen. Er kann insbesondere auch Anträge stellen, Beweis antreten, Geständnis, Anerkenntnis, Verzicht erklären ꝛc. Alles, was er vorträgt, gilt als von der Partei vorgebracht, insoweit es nicht von der Partei oder ihrem Vertreter sofort widerrufen oder berichtigt wird. Die Befugnis zum Widerruf und zur Berichtigung erstreckt sich auf alles vom Beistand Vorgebrachte, nicht bloß auf Geständnisse und thatsächliche Erklärungen desselben. Die Motive bezeichnen zwar die Bestimmung des Abs. 2 als eine dem § 81 analoge; gleichwohl kann bei der Verschiedenheit des Wortlauts beider Gesetzesbestimmungen nicht angenommen werden, daß das Widerspruchsrecht der Partei in gleicher Weise wie gegenüber dem Bevollmächtigten (s. Bem. Nr. 3 zu § 81) beschränkt sei.

Fünfter Titel.

Prozeßkosten.

1. Litteratur: W. Waldner die L. v. d. Prozeßkosten nach österr. Prozeß- und Privatrecht; mit Berücksichtigung der CPrO. f. d. D. R. (Wien 1883) daselbst S. 1 Angaben über ältere Litt., W. Francke über Wesen und Sonderrecht der Verbindlichkeit zur Erstattung gegnerischer Prozeßkosten Ztschr. f. d. CPr. VI S. 64 ff., H. Meyer die Entscheidung über die Kosten eod. VII S. 281 ff., Planck I § 69, Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 98 ff. und XXXI S. 593 ff., Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 80 ff.

2. Die PrO. bestimmt über die zwischen den Parteien (im weiteren Sinn) durch die Prozeßführung hinsichlich der Prozeßkosten entstehenden Ansprüche. Die Ansprüche des Fiskus bestimmen sich nach dem GKG. v. 18. Juni 1878 (RGBl. S. 141 ff.), dazu die Novelle v. 21. Juni 1881 (RGBl. S. 178), vgl. a. Kais. VO. v. 24. Dez. 1883, betr. die Gebührenfreiheit in dem Verfahren vor dem Reichsgericht (RGBl. 1884 S. 1); die Ansprüche der Zeugen und Sachverständigen nach der GO. f. Z. u. S. v. 30. Juni 1878 (RGBl. S. 173 ff.); die Ansprüche der Gerichtsvollzieher nach der GO. f. GV. v. 24. Juni 1878 (RGBl. S. 166 ff.) teilweise geändert durch RG. v. 21. Juni 1881 (RGBl. S. 178); die Ansprüche der Rechtsanwälte nach GO. f. RA. v. 7. Juni 1879 (RGBl. S. 176).

3. Außerhalb des 5. Titels sind Bestimmungen über Prozeßkosten enthalten in § 72

für den Fall der Hinterlegung; § 216 Abs. 3 für den Fall der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; §§ 251 Abs. 2, 256 Abs. 2 für den Fall des nachträglichen Vorbringens von Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismitteln; §§ 243 Abs. 3, 476 Abs. 3, 529 für Fälle der Zurücknahme der Klage und der Rechtsmittel; § 309 für das Verfahren auf Einspruch; §§ 344, 345, 366 bezüglich der Zeugen; §§ 367, 374, 378 bezüglich der Sachverständigen; § 467 Abs. 2 für Verweisung vom Amts- an das Landgericht; § 563 Abs. 2 für den Urkunden- und Wechselprozeß; § 591 für das Verfahren in Ehesachen; §§ 601, 614, 618, 622, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4 für das Verfahren in Entmündigungssachen; §§ 632, 638 für das Mahnverfahren; §§ 685 Abs. 2, 697, 708, 719, 759, 760 Abs. 2, 771 Abs. 3, 773, 792 für die Zwangsvollstreckung.

4. Die CPrO. enthält keine Bestimmungen über Leistung eines Kostenvorschusses an den Gegner. Civilrechtliche Bestimmungen, welche eine Verpflichtung dazu aussprechen (z. B. l. 27 § 3 D. de inoff. test. 5, 2; l. 7 C. de ord. cogn. 7, 19; c. 11 X. de accus. 5, 1; cf. SA. VIII 308; XIX 193; XXIII 267; XXVIII 35; XXXII 147) sind nicht aufgehoben. Der Anspruch muß aber im besonderen Verfahren geltend gemacht werden.

§ 87.

Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten, Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts jedoch nur insoweit, als die Zuziehung nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war. Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen, oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte.

Mot. S. 111, 112. KPr. S. 33, 518, 660.

1. Die Motive bemerken: „Das Gesetz geht von dem Grundsatze aus, daß das Unterliegen in der Hauptsache als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozeßkosten nach sich ziehe. Das Prinzip der Strafe als Rechtsgrund ist allgemein aufgegeben.

In Anwendung des allgemeinen Prinzips bestimmt der § 87, daß die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreites zu tragen, d. i. nicht nur die ihr erwachsenden Kosten zu tragen, sondern **insbesondere** die dem Gegner erwachsenden Kosten zu erstatten hat. Ausnahmen von dieser allgemeinen Regel enthalten die später zu rechtfertigenden §§ 89—92.

Im einzelnen Falle wird die Erstattungspflicht objektiv durch § 87 beschränkt auf die Erstattung der gegnerischen Kosten, soweit dieselben nach dem freien Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

Gegenstand der Erstattungspflicht sind die durch den Prozeß entstandenen Kosten der Partei ohne Rücksicht darauf, ob dieselben an das Gericht oder an einen andern Zahlungsempfänger gezahlt sind (im Sinne des preußischen Prozesses die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten).

Außerhalb des Prozeßkostenersatzes liegen Schadensansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreite, sondern noch durch weitere Umstände begründet wird. Solche Forderungen sind in besonderem Prozesse zu verfolgen.

Das Gericht entscheidet über die liquidierten Kosten nach freiem Ermessen. Das Gericht hat solchergestalt frei zu würdigen über den Ersatz der Kosten einer vom Beklagten geschehenen Streitverkündung, ob für Streitgenossen genügende Veranlassung vorlag, mehrere Anwälte zu bestellen, ob die Partei Grund hatte, neben dem Prozeßbevollmächtigten im

Termine persönlich zu erscheinen, über die Kosten für Beistände, ob die Kosten der Beweisaufnahme, z. B. des Zeugenbeweises, insgesamt nötig waren, ob Kosten für Handlungen der Zwangsvollstreckung zweckmäßig verwendet sind, z. B. im Falle des § 742 u. s. w."

Den Rechtsgrund für den Anspruch des siegreichen Klägers auf Kostenerstattung findet Waldner a. a. O. in der mora des Beklagten, für den Anspruch des siegreichen Beklagten in der Rechtswidrigkeit der Anspruchsanmaßung; beides unrichtig, denn bei vielen begründeten Klagen kann nicht von mora des Beklagten die Rede sein, und nicht jede unbegründete Klage ist rechtswidrige Anspruchsanmaßung. Francke a. a. O. findet den Rechtsgrund für den Kostenerstattungsanspruch darin, daß der Gegner die Ursache der Prozeßkosten ist. Ähnlich Planck I S. 379: „Billiger Weise erfolgt die im Prozeß gewährte Staatshülfe auf Kosten dessen, der die Notwendigkeit des Einschreitens veranlaßt hat".

Zu den Prozeßkosten im Sinne des § 87 gehören auch die Auslagen, welche einer Partei durch Reisen zu einem Termine oder zu ihrem Anwalte erwachsen sind [so auch Ztschr. f. d. CPr. VII S. 284 und 540, OLG. Jena SA. XLII Nr. 152. AM. OLG. Jena SA. XXXVII Nr. 251], nicht aber etwaige Ansprüche der Partei auf Ersatz für Zeitversäumnis durch derartige Reisen [vgl. RG. 20. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 134 S. 410. AM. Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 504, Jastrow Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 389 ff., Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 591 ff., vgl. a. OLG. Kiel SA. XLI Nr. 145]. Mahnschreiben gehören nicht zu den Kosten des Prozesses [Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 285]; dgl. nicht die Gebühren des Rechtsanwalts für Empfangnahme von Zahlungen [Meyer a. a. O. S. 285, Stegemann eod. S. 385, OLG. in Jena SA. XXXVII Nr. 248, Wilm. Levy N. 1 zu § 87. AM. OLG. Celle Ztschr. f. d. CPr. VII S. 359]; wohl aber die Kosten eines vorgängigen Mahnverfahrens, eines im Prozesse benutzten Verfahrens zur Sicherung des Beweises — immer unter der Voraussetzung, daß diese Kosten „notwendige" sind.

Auch Kosten, welche der Gegner noch nicht bezahlt hat aber bezahlen muß, kommen als zu erstattende Prozeßkosten in Betracht.

2. Die Frage, welche Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren, ist zu beurteilen nach dem Zeitpunkte, in welchem die jene Kosten veranlassenden Handlungen vorgenommen wurden. Es kann sein, daß eine Kosten veranlassende Handlung auf das schließliche Urteil ohne allen Einfluß, nach der früheren Sachlage aber gleichwohl notwendig war.

3. Die Freiheit des richterlichen Ermessens bei Beurteilung der Frage, ob bestimmte Kosten notwendig gewesen sind, ist durch Abs. 2 eingeengt:

a) Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind nicht bloß im Anwaltsprozesse, wo die Notwendigkeit ohnedies feststeht, sondern auch im Parteiprozesse als notwendige zu erachten, während die Frage, ob Kosten der Vertretung durch andere Prozeßbevollmächtigte oder durch Beistände notwendige Kosten seien, dem richterlichen Ermessen freigegeben ist. Bezüglich der Reisekosten tritt wieder die bezüglich der anderen Anwaltskosten beschränkte Freiheit des richterlichen Ermessens ein. Dieses freie Ermessen bezieht sich im Anwaltsprozesse auf die Frage, ob die Zuziehung eines auswärtigen Anwalts notwendig war; in Parteiprozessen sowohl auf die Frage, ob die Zuziehung eines Anwalts überhaupt [AM. Rödenbeck Ztschr. f. d. CPr. IX S. 232 ff. Dagegen: Struckmann Ztschr. f. d. CPr. X S. 350; vgl. a. RG. 9. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 77, OLG. Jena SA. XL Nr. 243], als auf die andere Frage, ob die Zuziehung eines auswärtigen Anwalts nötig war. Nur bei Bejahung jener Frage ist im Anwaltsprozeß, nur bei Bejahung dieser beiden Fragen im Parteiprozeß auf Erstattung der Reisekosten zu erkennen. Die Zuziehung des

auswärtigen Anwalts muß notwendig, nicht bloß nicht unnötig gewesen sein. Bezüglich der bei einem Kollegialgericht zugelassenen und nicht am Sitze desselben wohnenden Rechtsanwälte enthält RA. § 18 Abs. 2 die Spezialbestimmung, daß die Mehrkosten, welche bei der Vertretung einer Partei vor einem Kollegialgerichte durch einen bei demselben zugelassenen Rechtsanwalt dadurch entstehen, daß der letztere seinen Wohnsitz nicht am Orte des Gerichts hat, von der Gegenpartei niemals zu erstatten sind.

b) Die Mehrkosten, welche dadurch entstehen, daß eine Partei sich gleichzeitig mehrerer Anwälte bedient, sind stets von der Erstattung ausgeschlossen; die Gebühren des Korrespondenzmandatars (GO. f. RA. § 44) jedoch nur, wenn es nicht notwendig war, sich eines solchen zu bedienen [RG. 29. Jan. 1886 Entsch. XV Nr. 111 S. 402, vgl. a. RG. 29. Mai 1883 SA. XXXIX Nr. 104, 1. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 104 S. 357].

c) Die Mehrkosten, welche dadurch entstehen, daß eine Partei sich successive mehrerer Anwälte bedient, sind von der Erstattung ausgeschlossen, wenn nicht der Wechsel eintreten mußte. Ein Wechsel mußte eintreten, wenn der frühere Anwalt starb oder die Befähigung zur Vertretung in dem Prozesse durch Niederlegung oder Entziehung der Anwaltschaft verlor. Ob der Wechsel, welcher infolge Kündigung des Mandats seitens des Anwalts oder der Partei eintritt, ein notwendiger war, ist nach den Umständen zu bemessen. Kündigt der Anwalt das Mandat, so mußte ein Wechsel eintreten, es wäre denn, daß die Partei durch ihr Verhalten (z. B. durch Verweigerung einer Zahlung) die Kündigung veranlaßte [vgl. OLG. Jena SA. XLII Nr. 54]. Kündigte die Partei das Mandat, so wird regelmäßig der Wechsel als ein nicht notwendiger zu betrachten sein. Auch zur Erstattung der Kosten mehrerer Armenanwälte besteht keine Verpflichtung, wenn der Wechsel durch die Partei veranlaßt wurde [RG. 29. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 109 S. 393].

d) Schranken des richterlichen Ermessens enthalten auch §§ 90 und 180.

4. Über die Kosten des Rechtsstreits muß in dem den Prozeß abschließenden Endurteil (Schlußurteil) entschieden werden, soweit nicht bereits vorher darüber entschieden ist. In Bezug auf die Notwendigkeit der Entscheidung über die Prozeßkosten steht dem Schlußurteil das nach §§ 502 oder 563 ergehende Urteil gleich.

Vor dem Schlußurteil kann und muß unter Umständen über Kosten entschieden werden. a) Im bedingten Endurteile kann bedingt über die Kosten entschieden werden. b) Im Teilurteile muß regelmäßig über die bis dahin erwachsenen Kosten entschieden werden. Die Aussetzung der Entscheidung bis zum letzten Teilurteil würde zur Folge haben, daß die Kostenentscheidung des letzten Teilurteils nur mit diesem anfechtbar wäre, während das erste Teilurteil doch die Unterlage der Kostenentscheidung ist und möglicherweise die Entscheidung des letzten Teilurteils zur Hauptsache gar keinen Grund zur Anfechtung giebt. Nur in dem Falle, daß das Teilurteil (in der Hauptsache) keinen Einfluß auf das schließliche Urteil im Kostenpunkte ausüben würde, was selten zutreffen wird, darf die Entscheidung bei dem ersten Teilurteil ausgesetzt werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Planck I S. 387, Altvater Ztschr. f. d. CPr. X S. 250 ff. AM. v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 709, 714]. c) Kostenseparation nach § 90 (Verurteilung in die durch Versäumnis ꝛc verursachten Kosten) kann entweder in der die Instanz abschließenden Entscheidung oder auch schon vorher durch Beschluß erfolgen [vgl. H. Meyer a. a. O. VII S. 301, Planck I S. 387 N. 56]. Wird die Kostenseparation durch Beschluß ausgesprochen, so ist dieselbe nicht selbstständig, aber als antizipierter Bestandteil der Kostenentscheidung des Endurteils durch das gegen dieses eingelegte Rechtsmittel anfechtbar (arg. §§ 473, 510). d) Kostenseparation nach § 91 kann entweder in der die Instanz abschließenden Entscheidung oder auch schon vorher, und zwar sowohl durch Beschluß als auch gelegentlich eines Zwischenurteils unter den Parteien

(über diesen Begriff s. die Bemerkungen zu § 275) ausgesprochen werden. Wird die Kostenseparation durch Beschluß oder gelegentlich eines Zwischenurteils ausgesprochen, so ist dieselbe nicht selbständig, aber als antizipierter Bestandteil der Kostenentscheidung des Endurteils durch Rechtsmittel gegen dieses anfechtbar (arg. §§ 473, 510). [Vgl. Schollmeyer Zwischenstreit S. 18.] Über die Prozeßkosten als Ganzes (im Gegensatz zur Separation) kann im Zwischenurteil unter den Parteien nicht entschieden werden [vgl. RG. 26. April 1885 Entsch. XIII Nr. 104 S. 390]. e) In den Fällen des § 92 muß die Kostenentscheidung mit dem die Rechtsmittelinstanz abschließenden Entscheidung, auch wenn dieselbe nicht den Prozeß beendigt, ausgesprochen werden, und zwar wenn das Rechtsmittel Berufung oder Revision ist durch Urteil, wenn es Beschwerde ist, durch Beschluß. f) In dem einen Zwischenstreit unter den Parteien und einem dritten beendigenden Zwischenurteil (§§ 68, 126, 352) muß über die Kosten des Zwischenstreites entschieden werden. Die Entscheidung ist mit sofortiger Beschwerde gegen das Zwischenurteil anfechtbar. § 94 findet entsprechende Anwendung. g) Wegen der Entscheidung im Falle des § 97 s. Bem. Nr. 4 zu § 97.

5. Über die Kostenentscheidung in dem Falle, daß die Hauptsache erledigt ist, s. Bem. Nr. 4 zu § 94.

§ 88.

Wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, so sind die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen.

Das Gericht kann der einen Partei die gesamten Prozeßkosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei eine verhältnismäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder wenn der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.

Mot. S. 112, 113. KPr. S 33, 519, 702, 703.

1. Bei teilweisem Siege und Unterliegen jeder Partei, wozu auch der Fall gehört, wenn der siegende Kläger als Widerbeklagter unterliegt und umgekehrt, kann entweder Aufhebung oder verhältnismäßige Teilung der Kosten erkannt werden. Die Wahl steht dem Gericht frei.

Die Aufhebung (Vergleichung der Kosten, Kostenkompensation) besteht darin, daß jeder Teil die von ihm aufgewandten Kosten selbst zu tragen hat. In der Anordnung der Kostenaufhebung liegt die Festsetzung, daß die Gerichtskosten jeder der beiden Parteien zur Hälfte zur Last fallen [RG. 11. März 1882 Entsch. VI Nr. 124 S. 400].

Über die Teilung bemerken die Motive: „Die verhältnismäßige Teilung der Kosten unter die Parteien kann in sehr verschiedener Weise geschehen. Es kann das Gericht der einen Partei eine bestimmte Summe — pars quanta — der Kosten auferlegen und die andere Partei mit dem Reste belasten; das Gericht kann aber auch die Kosten nach bestimmten Anteilen — pars quota — verteilen, und zwar kann die letztere Teilung die gesamten Prozeßkosten umfassen oder sich auf einen Teil derselben beschränken. In dem ersteren Falle werden die gesamten, beiden Teilen erwachsenden Prozeßkosten als ein Ganzes behandelt, und von der Gesamtsumme wird jedem Teile eine bestimmte Quote zur Last gelegt. In dem letzteren Falle wird der einen Partei ein aliquoter Teil der Prozeßkosten des Gegners zur Erstattung auferlegt, während im übrigen die Kosten beider Teile verglichen werden."

2. Jede Zuvielforderung muß zu einem teilweisen Siege teilweisen Unterliegen jeder Partei, die Anwendung des Abs. 1 müßte daher stets zur Aufhebung oder Teilung der Kosten führen. Der Abs. 2 gestattet Auferlegung aller Kosten an eine Partei, wenn die Zuviel-

forderung eine verhältnismäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder darauf beruht, daß der Betrag der Forderung von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhing. Die Notwendigkeit einer gegenseitigen Berechnung kann die Überbürdung aller Kosten auf eine Partei nur rechtfertigen, wenn der Gegner zur außergerichtlichen Abrechnung bereit war.

3. Wegen Erfolglosigkeit eines Verteidigungsmittels ist § 88 nicht anwendbar [vgl. RG. 20. Sept. 1882 SA. XXXVIII Nr. 171].

§ 89.

Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

Mot. S. 113. KPr. S. 33, 518, 519.

1. Ob der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat, ist unter Berücksichtigung des materiellen Rechts und der Anschauungen des Geschäftsverkehrs nach dem Ermessen des Gerichts zu beurteilen. Die Frage ist durchaus nicht identisch mit der, ob der Kläger ein Klagerecht hat. Wird diese verneint, so ist die Klage abzuweisen; dann fallen dem Kläger die Kosten nach § 87 zur Last. § 89 setzt voraus, daß in der Hauptsache zu Gunsten des Klägers erkannt wird oder erkannt werden müßte, wenn nicht der Beklagte den Anspruch des Klägers befriedigt hätte. Der Kläger muß gleichwohl die Kosten des Prozesses tragen, wenn die Umstände so liegen, daß anzunehmen ist, der Beklagte würde dem im Prozeß sofort anerkannten Anspruch des Klägers auch ohne Gerichtshülfe sofort entsprochen haben, wenn ihm dazu Gelegenheit gegeben worden wäre [vgl. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 292]. — Verzug im materiellrechtlichen Sinne auf Seite des Beklagten wird die Anwendung des § 89 regelmäßig ausschließen; aber das Nichtvorhandensein von Verzug muß nicht zur Anwendung führen. Beispiele, in denen § 89 Anwendung finden kann, bieten die Klage des Schneiders, der den Kunden, ohne ihm die Rechnung übersandt zu haben, verklagt; die Klage des Eigentümers gegen den gutgläubigen Besitzer, der zur Herausgabe nie aufgefordert worden; die Widerspruchsklage nach § 690, wenn der Gläubiger von dem die Zwangsvollstreckung hindernden Rechte des Klägers vor der Klagezustellung nichts wußte ꝛc. Für Feststellungsklagen (§ 231) hat § 89 kaum Bedeutung; denn wenn der Beklagte keine Veranlassung zur Klagerhebung gab, werden die Voraussetzungen zur Feststellungsklage fehlen. [Vgl. Wach I S. 20 N. 18.]

2. Der Beklagte muß den Anspruch sofort, d. i. spätestens bei der ersten mündlichen Verhandlung [s. auch OLG. Braunschweig SA. XXXVIII Nr. 262], ganz und vorbehaltlos anerkennen (§ 278). Bestreiten im vorbereitenden Schriftsatz hindert die Anwendbarkeit des § 89.

3. Die Anwendung des § 89 ist nicht durch Antrag des Beklagten bedingt.

4. Im Versäumnisverfahren ist die Anwendung des § 89 ausgeschlossen. Der Entwurf fuhr nach dem Worte „anerkennt" fort: „oder wenn er, ohne auf den Rechtsstreit sich einzulassen, das Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt." In der JK. d. RT. wurde dieser Satz gestrichen und der § 89 auf die Fälle des Anerkenntnisses in der mündlichen Verhandlung beschränkt.

§ 90.

Die Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung

eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.

Mot. S. 114. KPr. S. 33, 519.

1. Die Motive bemerken zu den §§ 90, 91, 92 Abs. 2: „Die §§ 90, 91, 92 Abs. 2 umfassen die Fälle der Kostenseparation, deren allgemeines Prinzip darin besteht, daß auch die in der Hauptsache obsiegende Partei diejenigen Kosten tragen muß, welche durch ihre Versäumnisse oder durch zwecklose Handlungen oder durch Verzögerung der Sache ihrerseits ihr selbst oder dem Gegner erwachsen. In diesen Fällen und im § 89 hat die obsiegende Partei gegen das allgemeine Prinzip des § 87 nicht nur ihrerseits keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten, sondern auch die Pflicht zur Erstattung der Kosten des in der Hauptsache unterliegenden Gegners."

Über die Frage, in welchen Entscheidungen auf Kostenseparation erkannt werden kann, s. Bem. Nr. 4 zu § 87.

2. § 90 enthält eine zwingende Vorschrift. Dieselbe dient zur Verhütung der Prozeßverschleppung. Termins- und Fristversäumnis verpflichtet unbedingt, auch wenn den Säumigen kein Verschulden trifft, zur Kostentragung. Terminsversäumnis liegt nicht vor, wenn ordnungsmäßige Ladung fehlt (§ 300 Nr. 1). Die Pflicht zur Kostentragung wird nicht beseitigt durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und durch Beseitigung des zufolge der Terminsversäumnis erlassenen Versäumnisurteils (§ 309). — Die durch Verlegung eines Termins, Vertagung der Verhandlung, Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung (über diese Begriffe s. § 206 Bem. Nr. 1) oder Verlängerung einer Frist verursachten Kosten hat die Partei zu tragen, welche die Verlegung ꝛc. ꝛc. schuldhaft veranlaßt hat. Gleichviel ist, ob die Verlegung ꝛc. ꝛc. auf Antrag der sie veranlassenden Partei oder des Gegners oder von Amtswegen beschlossen wurde. Als verschuldet erscheinen insbesondere Vertagungen, welche durch Nichtbeachtung der Vorschriften der §§ 123, 192, 234, 244, 459, 481, 484, 519 oder der Vorschrift des § 245 oder bei Anwendung des § 143 veranlaßt sind. Im Falle der schuldhaften Veranlassung einer Terminsverlegung ꝛc. ꝛc. kann das Gericht nach GKG. § 48 eine besondere Gebühr (eine Art von Prozeßstrafe) erheben.

§ 91.

Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Verteidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.

Mot. S. 114. KPr. S. 33, 519.

1. Die Erfolglosigkeit einzelner Angriffs- oder Verteidigungsmittel rechtfertigt nicht unter allen Umständen die Ausscheidung der dadurch veranlaßten Kosten zu Lasten der obsiegenden Partei. Denn die Parteien müssen in der Wahl ihrer Angriffs- und Verteidigungsmittel frei sein, und das Geltendmachen erfolgloser Angriffs- oder Verteidigungsmittel neben erfolgreichen ist nichts widerrechtliches. Deswegen hat das Gericht im einzelnen Fall zu prüfen, ob die Anordnung, daß die obsiegende Partei die durch das erfolglose Angriffs- oder Verteidigungsmittel entstandenen Kosten zu tragen und dem Gegner zu ersetzen habe, sich aus besonderen Gründen rechtfertige. Zumeist wird dazu erforderlich sein, daß die Partei die Erfolglosigkeit voraussehen konnte.

Die Anwendung des § 91 setzt Parteiantrag nicht voraus. Wegen der Entscheidung vgl. Bem. Nr. 4 zu § 87.

2. Unter Angriffs- und Verteidigungsmitteln sind hier wie in §§ 64, 65, 491 Klagegründe, Einreden, Repliken ꝛc. sowie auch Beweismittel und Beweiseinreden zu verstehen;

nicht Rechtsmittel, nicht die Widerklage (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 137). Anderen Sinn hat derselbe Ausdruck in §§ 137, 251, 252, 275, 315.

3. Das Verhältnis des § 91 zu § 87 ist folgendes: nach § 87 Abs. 1 können bei der Kostenliquidation die der obsiegenden Partei durch ein erfolgloses Angriffs- oder Verteidigungsmittel erwachsenen Kosten als nicht notwendige Kosten abgewiesen, es kann aber der Obsiegende aus § 87 Abs. 1 niemals zu einer Erstattung an den Gegner angehalten werden. Letzteres ist nur durch Entscheidung nach § 91 möglich. [AM. Gaupp I S. 294].

4. Wegen Erfolglosigkeit eines Verteidigungsmittels dürfen die Prozeßkosten nicht nach Quoten verteilt werden [RG. 20. Sept. 1882 SA. XXXVIII Nr. 171].

§ 92.

Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, welche dasselbe eingelegt hat.

Die Kosten der Berufungsinstanz können der obsiegenden Partei ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen imstande war.

Die Kosten der Revisionsinstanz in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, hat auch im Falle des Obsiegens die Reichs- oder die Staatskasse zu tragen, wenn der Wert des Streitgegenstandes die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt und der Vertreter des Reichs oder des Staates die Revision eingelegt hat.

Mot. S. 114. 115. KPr. S. 33, 519, 660, 661. KPr. z. GVG. S. 360, 361.

1. Vgl. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 316 ff. — § 92 betrifft die Kostenentscheidung in der Rechtsmittelinstanz. Über den Begriff „Rechtsmittel" vgl. Bem. Nr. 2 zur Überschrift des dritten Buches vor § 472.

a) Wird zufolge eines Rechtsmittels die Entscheidung der Vorinstanz ganz oder teilweise aufgehoben, so sind die Kosten des Rechtsmittels als ein Teil der Gesamtprozeßkosten zu betrachten und in Gemäßheit der §§ 87, 88 dem unterliegenden Teil aufzuerlegen, bei teilweisem Siege aber aufzuheben oder zu repartieren. Erläßt die Rechtsmittelinstanz selbst das Schlußurteil, so entscheidet sie auch über die Kosten. Verweist das höhere Gericht die Sache an die untere Instanz zurück (§§ 500, 501, 528), so entscheidet diese auch über die Kosten der Rechtsmittelinstanz. Das Gericht der Rechtsmittelinstanz kann in diesem Falle aussprechen, daß die Entscheidung über die Prozeßkosten dem Endurteil vorbehalten bleibt. [Über die Kosten einer erfolgreichen Beschwerde vgl. Altvater Arch. f. c. Pr. LXIII S. 431 ff.].

b) Ist dagegen das Rechtsmittel formell unzulässig oder materiell unbegründet oder wird dasselbe zurückgenommen (§ 476), dann sind die Kosten der Rechtsmittelinstanz zu separieren und der Partei aufzulegen, welche das Rechtsmittel geltend gemacht hat. Dem Gegner sind die „notwendigen" Kosten (§ 87) der Rechtsmittelinstanz zu erstatten.

c) Kostenseparationen nach §§ 90, 91 sind in der Rechtsmittelinstanz zulässig. Auch die Anwendbarkeit des § 88 Abs. 2 ist bei geringfügiger Änderung nicht ausgeschlossen.

2. Abs. 2 enthält eine diskretionäre Befugnis zur Kostenseparation (Bem. Nr. 1 zu § 90). Unter neuem „Vorbringen" sind sowohl neue thatsächliche Behauptungen wie neue Bestreitungen, neue Einreden, Repliken rc. und neue Beweismittel zu verstehen. Neues Vorbringen sind auch die in der Berufungsinstanz vorgebrachten, in erster Instanz gemäß §§ 252,

338, 398 wegen Verspätung zurückgewiesenen Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel. Das Gericht muß die Überzeugung haben, daß das, was in der zweiten Instanz neu vorgebracht wurde, aus Nachlässigkeit oder in der Absicht der Prozeßverschleppung früher nicht vorgebracht wurde. — Auf den Fall, daß der Berufungsbeklagte nur zufolge neuen Vorbringens von seiner Seite Sieger bleibt, während das Berufungsgericht nach der Prozeßlage der Vorinstanz abändern würde, ist § 92 Abs. 2 nicht anwendbar; desgleichen nicht, wenn das, was in der Berufungsinstanz neu vorgebracht wurde, in erster Instanz ex officio hätte berücksichtigt werden sollen. Nicht bloß das Berufungsgericht, sondern im Falle der Zurückverweisung auch das erstinstanzielle Gericht hat den Abs. 2 anzuwenden.

3. Abs. 3 steht im Zusammenhang mit GVG. § 70 Abs. 2 und 3. Die Zuweisung der dort bezeichneten Klagen zur landgerichtlichen Zuständigkeit ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ergiebt die Möglichkeit, diese Sachen zur Revisionsinstanz zu bringen (§ 509). Hat der Vertreter des Reichs oder des beteiligten Einzelstaates die Revision eingelegt, so sollen die Kosten der Revisionsinstanz, auch wenn die Revision begründet ist, separiert und dem beteiligten Reichs- oder Staatsfiskus auferlegt werden, falls der Streit dem Werte nach nicht zum Landgerichte gehörte. Hat nicht der Vertreter des Reichs oder Staates, sondern der Gegner die Revision ergriffen, so ist nach allgemeinen Grundsätzen über die Kosten der Revision zu erkennen (KPr. z. GV. S. 360, 361).

4. Die Anwendung der Vorschriften des § 92 erfordert nicht Parteiantrag.

§ 93.

Die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs sind als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein anderes vereinbart haben. Dasselbe gilt von den Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits, soweit nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist.

Mot. S. 115. KPr. S. 33, 519.

1. Der Begriff des Vergleichs ist aus dem Civilrecht zu entnehmen. Wegen Kostenaufhebung vgl. § 88 Bem. Nr. 1.

2. Die Rechtsfolge der Kostenaufhebung tritt auf Grund der Thatsache des gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichsabschlusses, bei welchem nicht besondere Vereinbarung über die Kosten getroffen ist, unabhängig von dem Willen der Parteien ein. Dieselbe wird nicht ausgeschlossen durch den Beweis, daß die Parteien nicht an die Aufhebung der Kosten gedacht, sondern erst durch den Nachweis, daß sie ein anderes vereinbart haben. Die Kostenaufhebung erstreckt sich auch auf die Kosten des Rechtsstreits mit der im Gesetz enthaltenen Ausnahme. Über welche Kosten vor Beendigung des Rechtsstreits rechtskräftig erkannt sein kann, ergiebt Bem. Nr. 4 zu § 87.

3. Wegen der Gebühren bei Vergleichen s. GKG. § 21, 23, 41, 101 in d. Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 13 Abs. 1 Nr. 3, 18.

§ 94.

Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

Mot. S. 115, 116. KPr. S. 33, 519.

1. Litteratur: Birkmeyer Meckl. Ztschr. I S. 82 f., S. 320 ff., auch abgedruckt in dessen Rechtsfälle a. d. Pr. d. RCPr. S. 34 f., S. 71 ff., Nachtr. S. 98 ff., Krämel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 259, Scherer eod. V S. 484, Francke eod. VI S. 80, 90,

Barazetti Rechtsmittel der Berufung und Beschwerde S. 32, 87, Brettner Mag. f. d. R. III S. 211 ff., Klemm Sächs. Ann. IV S. 234 ff., Oppenheim Beitr. z. Erl. d. D. R. XXVII S. 176 ff., L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVI S. 487 ff. — Entsch. d. RG. VI Nr. 98 S. 341, Nr. 135 S. 433 ff., IX Nr. 94 S. 325, X Nr. 91 S. 309 ff., XIII Nr. 80 S. 327, Nr. 105 S. 395, XV Nr. 122 S. 424, XVI Nr. 72 S. 323, XVIII Nr. 98 S. 419. — Vgl. auch SA. XXXVII Nr. 341, 342, 343, XXXVIII Nr. 341, 342, XXXIX Nr. 139, XLII Nr. 153; Beitr. z. Erl. d. D. R. XXVII S. 733 und S. 745. — Wenglers Arch. 1883 S. 414, Ztschr. f. d. CPr. VII S. 96, Oldenb. Ztschr. X S. 133.

2. Die Entscheidung über den Kostenpunkt kann unrichtig sein wegen unrichtiger Entscheidung in der Hauptsache oder trotz richtiger Entscheidung in der Hauptsache wegen Verletzung der Vorschriften der PrO. über die Prozeßkosten. Wäre im ersteren Fall die selbständige Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkt ohne Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache gestattet, so käme das höhere Gericht in die Lage, die Hauptsache gelegentlich der über die Nebensache beantragten Nachprüfung gleichfalls nachzuprüfen, ohne daß diese Nachprüfung für die Hauptsache von Bedeutung wäre. „Es sind aber Urteile zu vermeiden, durch welche Vorentscheidungen, welche nicht beseitigt werden können, für sachlich unrichtig erklärt werden" (Mot. S. 116). Deswegen ist die selbständige Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkt in diesem Fall ausgeschlossen. — Wäre im andern Fall die selbständige Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkt gestattet, so würde sich das Rechtsmittel als eine Art von Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Prozeßkosten gestalten. „Für ein solches Rechtsmittel liegt ein Bedürfnis umsoweniger vor, als die Gesetze über die Entscheidung des Kostenpunkts einfach sind, dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gestatten und bei richtiger Entscheidung in der Hauptsache Fehlgriffe in der Anwendung der kostenrechtlichen Bestimmungen nicht oft genug vorkommen werden" (Mot. S. 116). Deswegen ist die selbständige Anfechtung der Entscheidung auch im anderen Fall ausgeschlossen.

3. Wird die Entscheidung in der Hauptsache durch ein Rechtsmittel (Berufung, Revision, Beschwerde) angefochten, so kann auch die damit verbundene Entscheidung im Kostenpunkte (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 87) angefochten werden und zwar mit dem gleichen Rechtsmittel, wie die Entscheidung in der Hauptsache. Hauptsache bedeutet hier den Gegensatz zum Kostenpunkt. Auf Entscheidungen über die Kostenpflicht im Zwangsvollstreckungsverfahren findet § 94 entsprechende Anwendung [RG. 8. Juli 1886 SA. LXII Nr. 153. AM. bay. o. LG. SA. XXXIX Nr. 338].

a) Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache mittels Berufung oder Revision liegt vor, wenn das betreffende Rechtsmittel gegen die Entscheidung zulässig [vgl. RG. 30. Apr. 1884 Entsch. XIII Nr. 105 S. 395], sowie innerhalb der Notfrist und in ordnungsmäßiger Form eingelegt ist und bei der mündlichen Berufungs- bzw. Revisionsverhandlung ein Antrag auf Abänderung der Entscheidung zur Hauptsache gestellt wird. Zwar spricht § 94 nur von „Einlegung" des Rechtsmittels, was den Anschein erregt, als ob der Einlegungsakt (§§ 479, 515) das allein Entscheidende wäre. Allein dies kann nicht der Sinn des Gesetzes sein. Denn die Einlegung des Rechtsmittels greift immer die Entscheidung als Ganzes an; die in der Berufungs- oder Revisionsschrift enthaltenen Anträge haben nur vorbereitende Natur; bei der mündlichen Verhandlung können andere Anträge gestellt werden; maßgebend für die Kognition des höheren Gerichts sind die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge (vgl. Bemerkung Nr. 2 zu § 480, Bem. Nr. 2 zu § 516). Daher kann auch für die Frage, ob die Anfechtung sich auf den Kostenpunkt beschränkt, nicht der Antrag in der Berufungs- oder Revisionsschrift allein den Ausschlag geben, sondern es ist auch der Antrag in der mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen. Wurde ein Antrag auf Abänderung der

Entscheidung in der Hauptsache bei der Einlegung (§§ 479, 515) angekündigt, aber nicht mündlich vorgebracht, oder anfänglich gestellt, im Laufe der Verhandlung aber zurückgezogen, so daß nur mehr der Antrag auf Abänderung der Kostenentscheidung übrig bleibt, so ist das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 2, Birkmeyer Rechtsf. S. 99, Francke Ztschr. f. d. CPr. VI S. 80 f., Barazetti a. a. O. S. 32, 81, RG. 3. Mai 1882 Entsch. VI Nr. 135 S. 435 f., bay. o. LG. Bl. f. RA. LII S. 406.] War aber gegen die Entscheidung in der Hauptsache das Rechtsmittel zulässigerweise eingelegt, so wird dasselbe nicht dadurch unzulässig, daß nach der Einlegung die Hauptsache erledigt wird; in diesem Falle kann vielmehr das Rechtsmittel behufs Anfechtung der Kostenentscheidung allein aufrecht erhalten werden [RG. 13. Juli 1887 Entsch. XVIII Nr. 98 S. 418 ff.]. Wird von dem Berufungs- oder Revisionskläger die Entscheidung in der Hauptsache angefochten, so kann der Gegner nicht bloß in der Hauptsache adhärieren (§§ 482, 483, 518), sondern auch, ohne Adhäsionsantrag zur Hauptsache zu stellen, die Änderung der Entscheidung im Kostenpunkt zu seinen Gunsten beantragen (vgl. Mot. S. 116, S. 303; Bem. Nr. 1 zu § 482). — Das Berufungs- bzw. Revisionsgericht kann, wenn die Entscheidung in der Hauptsache angefochten ist, die Entscheidung im Kostenpunkt abändern, auch wenn es die zur Hauptsache gestellten Anträge als unbegründet verwirft.

b) Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache mittels Beschwerde liegt vor, wenn bei ordnungsmäßiger Einlegung (§§ 532, 540) zulässiger Beschwerde in der Beschwerdeschrift bzw. der protokollarischen Erklärung die Abänderung der Hauptentscheidung verlangt ist. Spätere Zurücknahme der auf die Hauptentscheidung bezüglichen Beschwerde muß zur Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig führen. Wegen weiterer Beschwerde vgl. Bem. Nr. 2 zu § 531 und Entsch. d. RG. VI S. 339.

4. Erledigt sich die Hauptsache ohne Entscheidung — durch Zurücknahme der Klage oder durch Klaglosstellung des Klägers — so ist über die Kosten allein zu entscheiden. Bei Zurücknahme der Klage ist der Kläger kostenpflichtig (§ 243 Abs. 3). Bei Klaglosstellung des Klägers ist über die Kosten so zu entscheiden, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn es zu einem Urteil über Hauptsache und Kosten gekommen [vgl. Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 98 ff.]. Die Entscheidung ist gemäß § 94 unanfechtbar. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 298, Petersen S. 185, Hellmann Komm. I S. 327 f., Förster N. 2, Francke Ztschr. f. d. CPr. VI S. 80, Oppenheim Beitr. z. E. d. D. R. XXVII S. 716 ff., L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVI S. 487 ff., KG. Berlin Beitr. z. E. d. D. R. XXVII S. 716 ff., bay. o. LG. in SA. XXXVII Nr. 342, XXXVIII Nr. 342 und jetzt auch RG. verein. CS. 18. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 91 S. 309. Dagegen hat Birkmeyer Meckl. Ztschr. I S. 82, 320 ff. und Rechtsfälle S. 34, 71 ff. die unrichtige Ansicht aufgestellt, daß das isolierte Urteil über die Kosten selbständig anfechtbar sei, und das RG. hatte sich in mehreren UU. — Entsch. VI Nr. 135, IX Nr. 94, Beitr. z. E. d. D. R. XXVII S. 745 — dieser Ansicht angeschlossen. Die Widerlegung s. bei Wilm. Levy, Oppenheim, L. Seuffert a. a. O. und jetzt in den Gründen der PlenEntsch. des RG. Für Birkmeyers Ansicht: Kleiner I S. 435, v. Bülow N. 3 zu § 94, Brettner Mag. f. D. R. III S. 211, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VII S. 96, OLG. Oldenburg SA. XXXVIII Nr. 341.] Dagegen kann eine nur den Kostenpunkt betreffende Entscheidung aus dem Grunde, daß mit Unrecht nicht über die Hauptsache erkannt wurde, angefochten werden [RG. 13. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 1154].

5. Auf Anfechtung eines Versäumnisurteils durch Einspruch findet § 94 nicht Anwendung [RG. 31. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 80 S. 329]. — In Patentsachen findet § 94 Anwendung [RG. 30. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 98 S. 341].

§ 95.

Besteht der unterliegende Teil aus mehreren Personen, so haften dieselben für die Kostenerstattung nach Kopfteilen.

Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Beteiligung am Rechtsstreite kann nach dem Ermessen des Gerichts die Beteiligung zum Maßstabe genommen werden.

Hat ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht, so sind die übrigen Streitgenossen für die durch dasselbe veranlaßten Kosten nicht verhaftet.

Durch die Bestimmungen dieses Paragraphen wird eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung, wegen der Kosten solidarisch zu haften, nicht berührt.

Mot. S. 116, 117. KPr. S. 33, 34, 519, 520.

1. Vgl. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 325 f. — § 95 ist anzuwenden sowohl bei Streitgenossenschaft im Sinne der §§ 56 ff., wie auch im Falle der Verbindung nach § 138; denn auch letzterenfalls erfolgt, solange die Verbindung nicht wieder gelöst ist (§ 141), einheitliche Verhandlung und Entscheidung. [So auch Struckm. Koch N. 1, Petersen S. 138, Hellmann I S. 330, Meyer a. a. O. S. 326. AM. Gaupp I S. 299, Endemann II S. 403. Die Motive S. 116 sagen, „daß § 92 nur für die Streitgenossenschaft gelte." Die Mot. S. 136 reden aber auch im Falle des § 138 von „objektiver und subjektiver Klagenkumulation".] Ist Trennung gemäß § 136 angeordnet, so ist § 95 auf die vor der Trennung erwachsenen Kosten anwendbar. — Auf die Kosten der Zwangsvollstreckung ist § 95 insoferne nicht anwendbar, als jeder Streitgenosse nur für die Kosten der gegen ihn gerichteten Vollstreckungshandlungen haftet. Richtet sich dagegen *eine* Vollstreckungsmaßregel gegen mehrere Streitgenossen, dann findet § 95 entsprechende Anwendung.

2. Wenn nicht die mehreren, auf einer Parteiseite stehenden und gemeinsam unterliegenden Personen nach bürgerlichem Rechte — vgl. u. Bem. Nr. 3 — für die Kosten solidarisch haften, so hat jede Person einen Kopfteil an den gemeinsamen Kosten zu tragen; keiner haftet für den Kopfteil des anderen. Die Haftung nach Kopfteilen kann nach Ermessen des Gerichts gemäß Abs. 2 modifiziert werden. — Abs. 3 enthält einen Fall von Kostenseparation, ist also im Urteil, nicht erst bei der Kostenfestsetzung, zu berücksichtigen.

3. Zu *Abs.* 4: Ist auf Grund von Bestimmungen des materiellen Rechts eine solidarische Haftbarkeit der Streitgenossen für die Prozeßkosten begründet, so ist dies im Prozesse bei der Entscheidung über die Kostenpflicht zu beachten. Insoweit zessiert die Regel, d. i. die nicht solidarische Haftung der Streitgenossen nach Kopfteilen (Abs. 1) oder Raten (Abs. 2). Aus materiellrechtlichen Bestimmungen ist die solidarische Haftung der Streitgenossen für die Prozeßkosten begründet in dem praktisch wenig bedeutsamen Falle eines Vertrags, durch welchen sich mehrere Verpflichtete auch zur solidarischen Haftung für die Kosten verpflichtet haben. Haftet der Bürge für die durch den Prozeß gegen den Hauptschuldner erwachsenen Kosten, was wegen der Haftung des Bürgen für Accessionen der Hauptschuld gemeinrechtlich und nach Preuß. LR. anzunehmen ist, soweit nicht besondere Beschränkung stattfand — vgl. SA. III Nr. 325, XX Nr. 226, Windscheid Pand. II § 477 N. 26 —, so muß er, wenn er mit dem Beklagten verurteilt wird, auch zur solidarischen Tragung der Kosten verurteilt werden. Das gleiche Resultat kann sich ergeben, wenn der Schuldner und der dritte Besitzer eines Pfandes

oder wenn mehrere Besitzer mehrerer mit Gesamthypothek belasteter Sachen zusammen belangt und verurteilt werden, vorausgesetzt, daß das Pfand für die Accessionen und speziell für die Prozeßkosten verhaftet ist. Keineswegs aber ergiebt sich aus dem materiellen Recht, daß jegliche Gesamtschuld (Solidar-, Korrealschuld) die Verpflichtung zur solidarischen Haftung für Prozeßkosten nach sich zieht. [Das Gegenteil ist zwar nicht für alle Gesamtschulden, wohl aber speziell für die wechselrechtliche Solidarhaftung behauptet worden; gegen die letztere Behauptung ROHG. 23. Sept. 1878 Entsch. XXIV S. 88, wo auch Litteraturangaben.] Da eine solidarische Haftbarkeit der Gesamtschuldner für die Prozeßkosten sich aus dem materiellen Rechte nicht ergiebt, so kann es sich nur mehr fragen, ob der Abs. 4 des § 95 eine prozeßrechtliche Solidarhaftung der Streitgenossen für die Prozeßkosten für alle Fälle anordnet, in welchen ein Gesamtschuldverhältnis verurteilter Streitgenossen besteht. Der Gesetzestext spricht dagegen. Der Abs. 4 lautet gleich dem HE. § 68 Abs. 3 und dem NE. § 157 Abs. 4, nur daß in diesen Entwürfen vor „begründeten" das Wort „etwa" steht. Aus den hann. Prot. IV S. 868 und XII S. 4918 ergiebt sich mit Sicherheit, daß die hann. Kommission keineswegs durch Einfügung jenes Satzes die prozeßrechtliche Solidarhaftung für alle Fälle der Solidarität der Streitgenossen schaffen wollte. Aber die Motive des D. Entw. II S. 145 f. und des Entw. III S. 117 scheinen anzunehmen, daß durch Abs. 4 die solidarische Kostenpflicht der Streitgenossen für alle Fälle der Gesamtschuldverhältnisse ausgesprochen werde. Sie scheinen dies anzunehmen, weil sie als Beispiel für die Anwendbarkeit des Abs. 4 den Fall des Preuß. ALR. I 5 § 426 (was übrigens § 424 heißen soll) nennen. Nun sind die betreffenden Sätze ganz offenbar nach Muster der Mot. des Preuß. Entw. S. 325 f. geschrieben, eines Entw., welcher bezüglich der Kostenpflicht der Streitgenossen von einem den Entw. II und III sowie dem Gesetze ganz konträren Prinzip, nämlich von dem Prinzip der solidarischen Haftung für die Kosten, ausgeht. Umsoweniger dürfen jene Sätze irre machen an dem aus dem Gesetze selbst gewonnenen Resultate. In der sog. Vorkommission wurde zwar nach dem Berichte v. Wilmowskis (Komm. N. 4 zu § 95) der Abs. 4 des § 95 gleichfalls dahin verstanden, daß sich daraus die solidarische Haftung der Streitgenossen für die Kosten ergeben solle, wenn sie in der Hauptsache dem Gegner solidarisch haftbar sind. Aber auch diese, vermutlich auf den Verf. jener Motivenstelle zurückzuführende Auffassung ist für die Auslegung des Gesetzes nicht in dem Maße bedeutsam, daß sie die dem Gesetzestexte allein entsprechende und durch ältere Vorarbeiten unterstützte Auslegung überwände. Was in der JK. d. RT. zu § 95 Abs. 4 gesprochen wurde (KPr. S. 519 f.), ist hierher belanglos. [Vgl. Lippmann Arch. f. c. Pr. LXVII S. 440 ff., Hellmann Lehrb. S. 280. Am nächsten stehen v. Sarwey I 178 f. und Gaupp I S. 301; sie verstehen den Abs. 4 ebenfalls von Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche speziell für die Prozeßkostenpflicht die Solidarität ergeben, sind aber der Ansicht, daß solche überhaupt nicht existieren. Dagegen vertreten Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 4, Petersen S. 187, A. Förster N. 1, RG. 1. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 102 S. 381, OLG. Hamburg SA. XL Nr. 312, OLG. Stuttgart eod. XLI Nr. 146 die Ansicht, daß durch Abs. 4 die solidarische Haftung für die Prozeßkosten in allen Fällen angeordnet sei, in denen die Streitgenossen für Erfüllung der Hauptverpflichtung nach materiellem Recht solidarisch haften.]

§ 96.

Die Bestimmungen der §§ 87—93 finden auch auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung.

Gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei (§ 66), so sind die Vorschriften des § 95 maßgebend.

Mot. S. 117, 118. KPr. S. 34, 520.

1. Wegen der Kosten des Zwischenstreites über die Zulassung der Nebenintervention vgl. Bem. Nr. 1 litt. d zu § 68.

2. Über die durch die zugelassene Nebenintervention verursachten Kosten ist ebenso wie über die anderen Kosten des Rechtsstreites im Endurteil (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 87) zu entscheiden. Ist darüber nicht entschieden, so ist das Urteil auf Antrag zu ergänzen (§ 292). Das Urteil, welches nur ausspricht, daß der Kläger oder der Beklagte die Kosten des Rechtsstreites zu tragen habe, ohne daß aus den Gründen ersichtlich ist, daß darunter auch die Kosten der Nebenintervention begriffen sein sollen, verschafft dem Nebenintervenienten keinen Titel zur Beitreibung seiner Kosten von der in die Kosten verurteilten Gegenpartei [RG. 21. April 1886 Entsch. XV Nr. 117 S. 418]; ebensowenig dem Gegner einen Titel zur Beitreibung seiner Kosten von dem Intervenienten.

3. Zu Abs. 1: a) Siegt die von dem Nebenintervenienten unterstützte Hauptpartei, so hat die unterliegende Gegenpartei, vorbehaltlich der aus den §§ 88—93 sich ergebenden Modifikationen, auch die dem Nebenintervenienten erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit dieselben notwendig im Sinne des § 87 waren. Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts des Intervenienten sind gemäß § 87 Abs. 2 als notwendige Kosten zu betrachten und zwar regelmäßig auch, wenn der Nebenintervenient sich einen eigenen Rechtsanwalt genommen hat; es wäre denn, daß sich die Annahme eines eigenen Anwalts nach den Umständen des konkreten Falls als überflüssig herausstellt [vgl. RG. 8. Juni 1885 Entsch. XIII Nr. 121 S. 433; andererseits OLG. Hamburg SA. XL Nr. 244]. Als notwendige Kosten sind die durch Prozeßhandlungen des Nebenintervenienten erwachsenen Kosten jedenfalls zu erachten, soweit durch die Handlungen des Intervenienten Prozeßkosten der obsiegenden Hauptpartei, deren Ersatz diese beanspruchen könnte, erspart worden sind (KPr. S. 34); aber auch andere zu zweckentsprechender Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung vom Intervenienten aufgewendete Kosten können nach § 87 zur Erstattung kommen. [So auch Endemann I S. 406 N. 1, Gaupp I S. 302 f. Die gegenteilige Äußerung eines Regierungskommissars (Prot. S. 34) ist gegenüber § 87 nicht haltbar.] b) Unterliegt die vom Intervenienten unterstützte Partei, so hat der Intervenient der obsiegenden Hauptpartei die durch die Intervention erwachsenen Kosten zu ersetzen, vorbehaltlich der aus den §§ 88—93 sich ergebenden Modifikationen.

Die unterstützte und unterliegende Hauptpartei ist prozeßrechtlich nicht verpflichtet, der obsiegenden Partei die der letzteren durch die Intervention entstandenen Kosten zu erstatten [vgl. a. Wetzell Syst. § 7 S. 52, Renaud S. 742], es wäre denn, daß sich aus Abs. 2 verbunden mit § 95 Abs. 4 solidarische Haftung für die Kosten ergäbe. Ebensowenig haftet nach Prozeßrecht der Unterstützte dem Intervenienten oder dieser jenem für die Kosten. Inwieweit derartige Ansprüche aus dem materiellen Rechte entspringen, ist eine Frage für sich; in dem Prozesse, in dem interveniert wird, können sie nicht erhoben werden.

4. Zu Abs. 2: Auf den Nebenintervenienten in der Ausnahmestellung des § 66 (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 66) und folglich auch auf die unterstützte Hauptpartei sind die Regeln über Kostenerstattungspflicht der Streitgenossen anzuwenden. Also regelmäßig Kopfteilung, § 95 Abs. 1, eventuell modifiziert gemäß § 95 Abs. 2 oder 3; ausnahmsweise Solidarhaftung, soweit § 95 Abs. 4 eingreift.

5. Die Kosten der Streitverkündung sind dem obsiegenden Denunzianten zu ersetzen,

soweit sie als notwendige Kosten im Sinne des § 87 erscheinen. Das Gleiche gilt von der Nomination des Auktors (§ 73).

§ 97.

Gerichtsschreiber, gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte, sowie Gerichtsvollzieher können durch das Prozeßgericht auch von Amtswegen zur Tragung derjenigen Kosten verurteilt werden, welche sie durch grobes Verschulden veranlaßt haben.

Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Beteiligte zu hören.

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt.

KPr. S. 34, 35, 520, 661—663.

1. § 97 ist in der JK. d. R. eingefügt. Derselbe hat Vorbilder im Code de proc. civ. art. 132, Hann. PrO. § 47, Württ. PrO. Art. 146, Bayr. PrO. Art. 110. Der Zweck der dem Gerichte eingeräumten Befugnis ist, diejenigen Fehler, welche durch die als Hülfsorgane der Gerichte zu betrachtenden Personen (Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher), sowie durch Anwälte, andere Bevollmächtigte oder gesetzliche Vertreter begangen worden sind, auf möglichst kurzem Wege wieder gut zu machen. Der Weg der Separatklage wegen Verschuldens der in § 97 genannten Personen ist nicht ausgeschlossen, ebensowenig das Disziplinarverfahren.

2. § 97 ist in allen Instanzen anwendbar; aber jede Instanz kann nur den Gerichtsschreiber, Rechtsanwalt ꝛc., welcher bei dem Verfahren der betreffenden Instanz beteiligt ist, zur Tragung von Kosten verurteilen. Daher kann z. B. das Berufungsgericht den Rechtsanwalt erster Instanz, welcher den Auftrag zur Einlegung einer unstatthaften Berufung gegeben hat, nicht in die Kosten des Berufungsverfahrens verurteilen [RG. 27. April 1881 Entsch. IV Nr. 125 S. 429].

3. Der Begriff des groben Verschuldens ist aus dem Civilrecht zu entnehmen. Für das gem. Recht vgl. Windscheid I § 101 bei N. 10; für das Preuß. R.: ALR. I 3 § 18. Dernburg I § 120, Förster Eccius I § 27. Der Begriff läßt dem Ermessen des Richters Spielraum. Natürlich kommen die für die betreffenden Personen geltenden Dienstesvorschriften dabei in Betracht; aber nicht jeder Verstoß gegen die Dienstesvorschriften ist grobes Verschulden. Auch, ob disziplinäres Einschreiten erfolgt oder nicht, ist für die Frage des Verschuldens nicht schlechthin entscheidend. [RG. 7. Jan. 1882 SA. XXXVII Nr. 250 hat grobes Verschulden darin gefunden, daß ein Anwalt gegen eine Entscheidung, welche ausdrücklich für unanfechtbar erklärt ist, Beschwerde eingelegt hatte.]

4. Vor der Verurteilung ist der beteiligte Gerichtsschreiber, Vertreter, Rechtsanwalt, Bevollmächtigte, Gerichtsvollzieher zu hören. Dies kann dadurch geschehen, daß dem in der Verhandlung anwesenden Beteiligten das Wort zur Verteidigung gegeben, oder daß er unter entsprechender Mitteilung zur schriftlichen Erklärung aufgefordert oder zu einem Termine zur Verhandlung geladen wird. Das Verfahren richtet sich nach den in Bem. Nr. 6 zu § 119 entwickelten Regeln. Die Entscheidung ist Beschluß, nicht Zwischenurteil; denn der etwaige Parteiantrag ist bloß Anstoß zu einem Offizialverfahren. Der Beschluß ist, wenn er nicht verkündet wird, beiden Parteien und dem dritten von Amtswegen zuzustellen. Gegen die Entscheidung steht dem verurteilten dritten, nicht auch dem etwaigen Antragsteller, sofortige Beschwerde (§ 540) zu. Der Beschluß ist Vollstreckungstitel (§ 702 Nr. 3). Vgl. noch § 535.

5. Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 5). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 98.

Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden.

Das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrags ist bei dem Gerichte erster Instanz anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Die Kostenberechnung, die zur Mitteilung an den Gegner bestimmte Abschrift derselben und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege sind beizufügen.

Mot. S. 118, 119. KPr. S. 35, 520.

1. Litteratur: H. Meyer Wie liquidiert man Prozeßkosten? (Berlin 1881), Willenbücher Kostenfestsetzungsverfahren (Berlin 1884), v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. II S. 418 ff., Frank eod. III S. 434 ff., Schmidt eod. VI S. 47 ff., Francke eod. S. 83 ff., Struckmann eod. S. 408 ff., Schneider Arch. f. c. Pr. LXVI S. 283 ff., Bl. f. RA. XLV S. 1 ff., Württ. GBl. XXI S. 237, Haas Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 598 ff.

2. Wegen der Entscheidungen über die Kostenpflicht vgl. Bem. Nr. 4 zu § 87. Die Entscheidung, welche die Verpflichtung zur Tragung von Prozeßkosten ausspricht, bedarf noch der Ergänzung durch Einsetzung des Betrags. Diese Ergänzung herbeizuführen ist der Zweck des Kostenfestsetzungsverfahrens. Die Entscheidung über die Kostenpflicht verhält sich zu der Entscheidung über den Betrag, wie die Entscheidung über den Grund eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs zu der Entscheidung über den Betrag. Das Verfahren ist aber eigenartig konstruiert.

3. Voraussetzung für das Kostenfestsetzungsverfahren ist das Vorhandensein eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels. Solche Titel sind rechtskräftige (§ 645) oder für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteile, ferner die in § 702 aufgeführten Urkunden. Mit dem Gesuch ist der Titel vorzulegen. Ist dieser ein Urteil, welches nicht schon vorläufig vollstreckbar ist, so ist die Rechtskraft im Sinne des § 645 nachzuweisen; der Nachweis kann durch ein Zeugnis nach § 646, aber auch auf anderem Wege geführt werden. Die Vorlegung einer „vollstreckbaren Ausfertigung" (§§ 662, 663) ist nicht erforderlich [so auch Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 2a, Francke Ztschr. f. d. CPr. VI S. 83]; denn das Festsetzungsgesuch ist nicht Zwangsvollstreckung. Aus dem gleichen Grund bedarf es nicht des Nachweises vorheriger Zustellung des Vollstreckungstitels. — Ein Urteil dessen vorläufige Vollstreckbarkeit von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheit abhängig gemacht ist (§ 652), genügt als Unterlage für die Kostenfestsetzung [OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VII S. 96]. Wird dem Gericht das Vorhandensein eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels nicht dargethan, so ist das Festsetzungsgesuch zurückzuweisen. [So auch OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 481. Unrichtig Frank a. a. O. S. 436.]

Ist vor der Kostenfestsetzung das Verfahren durch Tod des Schuldners unterbrochen, so muß das Verfahren aufgenommen werden, ehe die Kostenfestsetzung gegen die Erben erfolgen kann [Ztschr. f. d. CPr. VII S. 559].

4. Die Kostenfestsetzung gehört auch bezüglich der in höherer Instanz erwachsenen Kosten zur Zuständigkeit des erstinstanziellen Gerichts. Diese Zuständigkeitsregel ist von Amtswegen zu beachten; die Parteien können nicht andere Zuständigkeit vereinbaren. Das Gesuch ist entweder schriftlich einzureichen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären. Im einen wie im andern Fall unterliegt es nicht dem Anwaltszwang (arg. § 74 Abs. 2); auch für das weitere Verfahren (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 99) besteht kein Anwaltszwang, wenn auch das zuständige Gericht Landgericht ist; denn was für das Gesuch gilt, muß wohl für das

weitere Verfahren gelten (vgl. Bem. Nr. 6 vor § 119). [So auch Planck I § 69 N. 89. AM. RG. 26. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 115 S. 391.] — Dem Gesuche sind die Kostenspezifikation nebst Abschrift und die Belege beizufügen. Abschrift der Belege ist nicht nötig.

5. Die Kostenfestsetzung nach §§ 98, 99 kann nur zu dem Zwecke, um vom Gegner die Erstattung zu erlangen, nicht um die Kostenrechnung des eigenen Prozeßbevollmächtigten richtig zu stellen, verlangt werden. Wegen der Kostenfestsetzung im Mahnverfahren s. §§ 632, 639. Wegen der Kosten der Zwangsvollstreckung s. § 697.

§ 99.

Die Entscheidung über das Festsetzungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, daß derselbe glaubhaft gemacht ist.

Gegen den Festsetzungsbeschluß findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 118, 119. KPr. S. 35, 520.

1. Im Festsetzungsverfahren wird nicht mehr die Kostenpflicht untersucht, sondern nur, ob die liquidierten Kosten wirklich erwachsen und ob dieselben notwendige Kosten im Sinne des § 87 sind (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 91). Daher können Einwendungen gegen die Kostenpflicht — insbesondere die Einwendung der Zahlung, des Erlasses, der Kompensation rc. — in diesem Verfahren überhaupt nicht berücksichtigt werden [so auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 309, Petersen S. 193, A. Förster N. 3 zu § 98, RG. 24. April 1885 Entsch. XIII Nr. 93 S. 360, OLG. Jena SA. XXVII Nr. 252. Unrichtig: Schmidt Ztschr. f. d. CPr. VI S. 47, Francke eod. S. 84 f. Dagegen Struckmann eod. S. 408 ff. und Kulemann Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 427 ff. Hiergegen wieder Völckers Ztschr. f. d. CPr. XI S. 169 ff. mit unstichhaltiger Argumentation.] Derartige Einwendungen sind vielmehr durch Klage nach § 686 geltend zu machen.

2. Das Kostenfestsetzungsverfahren ist Verfahren mit fakultativer mündlicher Verhandlung. Über dieses Verfahren vgl. Bem. Nr. 6 zu § 119; die daselbst entwickelten Sätze finden auf das Kostenfestsetzungsverfahren Anwendung. Einzelnes: a) Wird mündliche Verhandlung nicht angeordnet, so kann das Gericht den Gegner unter Mitteilung der Abschrift der Kostenberechnung zur schriftlichen Erklärung (die mittels Schriftsatzes oder zu Protokoll geschehen kann) auffordern; das Gericht kann aber auch ohne Gehör des Gegners entscheiden. Der Kostenfestsetzungsbeschluß ist stets beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3) [so auch v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 256. Unrichtig eod. II S. 418]; dagegen ist der das Gesuch (z. B. wegen Nichtvorlage des Vollstreckungstitels) zurückweisende Beschluß nur dem Gesuchsteller zuzustellen. — Die Zustellung muß nach § 162 an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz [so auch RG. 26. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 115 S. 392; vgl. a. RG. 4. März 1883 Entsch. IX Nr. 95 S. 329] und wenn ein solcher nicht vorhanden ist, an die Partei (nicht an den Prozeßbevollmächtigten der zweiten Instanz) erfolgen. b) Wird mündliche Verhandlung angeordnet, so wird der Beschluß verkündet, aber nicht von Amtswegen zugestellt (§ 294). Wegen der für die mündliche Verhandlung geltenden Grundsätze vgl. Bem. Nr. 6 litt. a—e zu § 119.

3. Im Kostenfestsetzungsbeschluß ist auch über die Kosten des Festsetzungsverfahrens nach den Grundsätzen der §§ 87 ff. zu entscheiden. Wird das Gesuch zurückgewiesen, so fallen die Kosten dem Gesuchsteller zur Last; werden die Kosten festgesetzt, so sind die Kosten des Festsetzungsverfahrens unter die vom Gegner des Gesuchstellers zu ersetzenden Kosten auf-

zunehmen, soweit nicht §§ 88—92 anzuwenden sind. [Vgl. Haas Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 598 ff., RG. 11. April 1883 Entsch. XIV Nr. 37 S. 320 (wo speziell die Anwendbarkeit des § 89 für den Fall, daß der Gegner zur Festsetzung der Kosten keine Veranlassung gegeben hat, ausgeführt wird), ferner OLG. Kiel SA. XLI Nr. 227.] — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 38 Nr. 1, 39 i. d. Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 30 Nr. 3.

4. a) Gegen den Beschluß, welcher das Gesuch um Kostenfestsetzung zurückweist, steht dem Antragsteller einfache Beschwerde zu [RG. 15. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 121 S. 390]. b) Gegen den Festsetzungsbeschluß steht beiden Parteien sofortige Beschwerde (§ 540) zu. c) Das Beschwerdeverfahren unterliegt dem Anwaltszwang, wenn der Prozeß, um dessen Kosten es sich handelt, in erster Instanz vor dem Landgericht anhängig war; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 532. [So auch RG. 5. Nov. 1881 SA. XXXVII Nr. 253 und 16. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 122 S. 403.] d) Die Kosten des Beschwerdeverfahrens fallen bei erfolgloser Beschwerde dem Beschwerdeführer zur Last (§ 92 Abs. 1). Bei erfolgreicher Beschwerde sind die Kosten nach den Regeln über Rechtsmittelkosten (s. Bem. Nr. 1 zu § 92) zu behandeln. Also sind die Kosten einer erfolgreichen Beschwerde, in welcher sich der Gesuchsteller über Abstrich liquidierter Kosten beschwerte, vom Gegner zu ersetzen. [Vgl. RG. 20. März 1883 SA. XXXIX Nr. 53 und Altvater Arch. f. c. Pr. LXIII S. 431 ff.]

5. Der Kostenfestsetzungsbeschluß bedarf zur Zwangsvollstreckung der Vollstreckungsklausel (§§ 662, 663). Diese Klausel kann vor Ablauf der Beschwerdefrist erteilt werden, da die Beschwerde nicht aufschiebende Wirkung hat.

§ 100.

Sind die Prozeßkosten ganz oder teilweise nach Quoten verteilt, so hat die Partei den Gegner vor Anbringung des Festsetzungsgesuchs aufzufordern, die Berechnung seiner Kosten binnen einer einwöchigen Frist bei dem Gerichte einzureichen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist erfolgt die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners, unbeschadet des Rechts des letzteren, den Anspruch auf Erstattung nachträglich geltend zu machen. Der Gegner haftet für die Mehrkosten, welche durch das nachträgliche Verfahren entstehen.

Mot. S. 119, 120. KPr. S. 35, 520.

1. Der § 100 bezieht sich auf die Fälle, in denen die Kosten beider Parteien nach Quoten verteilt sind (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 88).

2. Die Aufforderung unterliegt in landgerichtlichen Prozessen dem Anwaltszwang. Im Amtsgerichtsprozeß kann sie zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden (§ 463). Die Aufforderung ist zuzustellen nach §§ 152 ff. Die Frist beginnt mit der Zustellung. Als gesetzliche Frist kann sie durch Vereinbarung (§ 202 Abs. 1), aber nicht vom Gericht (§ 202 Abs. 2) abgekürzt und verlängert werden. Reicht der Gegner die Berechnung seiner Kosten innerhalb der Frist oder nach Ablauf derselben, aber vor der Festsetzung ein, so werden die beiderseitigen Kosten festgesetzt. Ist die Frist abgelaufen, was der Gesuchsteller darzuthun hat [OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 482], so werden die Kosten des Gesuchstellers ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners festgesetzt. Im übrigen steht das Festsetzungsverfahren unter den zu §§ 98, 99 entwickelten Regeln.

3. Der Gegner hat das Recht, nachträgliche Festsetzung seiner Kosten gemäß §§ 98, 99 zu beantragen. Durch die Nachliquidation und das hierauf bezügliche Verfahren hört die

Vollstreckbarkeit des ersten Beschlusses nicht auf. Erst wenn derselbe durch einen späteren Beschluß beseitigt wird, cessiert die Vollstreckbarkeit des ersteren. Auf Grund des zweiten Beschlusses kann eine Zurückzahlung der auf Grund des ersten Beschlusses gezahlten Kosten gefordert werden. Z. B. es ist erkannt, Kläger hat $^2/_3$, Beklagter $^1/_3$ aller Kosten zu tragen. Kläger liquidiert seine Kosten; dieselben werden auf 150 ℳ festgestellt; auf Grund dieses Beschlusses fordert und erhält er vom Beklagten 50 ℳ. Darauf liquidiert der Beklagte seine Kosten; dieselben werden auf 180 ℳ festgesetzt, so daß die Gesamtsumme der Kosten 330 ℳ beträgt, wovon den Kläger 220 ℳ, den Beklagten 110 ℳ treffen. Dann kann der Beklagte vom Kläger die gezahlten 50 ℳ zurück und noch 70 ℳ dazu fordern.

Sechster Titel.

Sicherheitsleistung.

Der sechste Titel handelt von der prozessualischen Sicherheitsleistung im allgemeinen (§ 101) und von der Sicherheitsleistung der Ausländer für die Prozeßkosten im besonderen (§§ 102—105).

§ 101.

Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit ist, sofern nicht die Parteien ein anderes vereinbart haben oder dieses Gesetz eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt, durch Hinterlegung in barem Gelde oder in solchen Wertpapieren zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren.

Mot. S. 121, 122. KPr. S. 37, 38, 520.

1. Prozessualische Sicherheit kommt vor in § 85 (Kaution des unbeauftragten Geschäftsführers und des ohne legale Vollmacht zugelassenen Bevollmächtigten); §§ 102—105 (Prozeßkostenkaution des Ausländers); §§ 647, 650, 652, 657, 668, 688, 690, 716, 775 (bei der Zwangsvollstreckung); §§ 801, 803, 805, 807, 815, 818 (bei Arrest und einstweiligen Verfügungen). In den Fällen der §§ 801, 805, 807, 818 ist eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zugelassen. Auf diese Fälle findet daher § 101 nicht Anwendung.

2. Über den Begriff „bares Geld“ vgl. Koch Ztschr. f. d. CPr. III S. 366 ff. Über den Begriff Wertpapiere vgl. Goldschmidt HR. I § 47 2. Aufl. S. 550 ff., Anschütz u. Völdernndorff Komment. zum HGB. III S. 12, v. Hahn Komment. zum HGB. bei Art. 271 Nr. 1 § 5, Thöl HR. §§ 51 ff., Endemann HR. § 82 (3. Aufl. S. 384—389); Beseler d. PrR. § 87, Gareis Busch Arch. f. HR. XXXIV S. 97 ff., Koch Ztschr. f. d. CPr. III S. 363 ff., Brunner in Endemanns Hdb. II S. 140 ff., RG. 12. Jan. 1882 Entsch. VIII Nr. 111 S. 375. Unter Wertpapieren sind nicht Schuld- und Legitimationspapiere, sondern solche Urkunden zu verstehen, welche Träger der Forderung sind und als solche einen Wert haben. Auf den Namen eingeschriebene Wertpapiere sind nicht ausgeschlossen. Für die Kautionsfähigkeit der Wertpapiere ist es nicht entscheidend, ob dieselben einen Markt- oder Börsenpreis im Sinne des HGB. Art. 376, 357 haben.

3. Bei welcher Behörde die Hinterlegung zu geschehen hat, bemißt sich nach den Landesgesetzen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß andere Behörden, als die Gerichte, zur Entgegennahme und Verwahrung der Depositen bestellt werden. — Auch das bei der Hinterlegung einzuhaltende Verfahren, die Behandlung der Depositen, sowie das (nicht prozessualische) Ver-

fahren, um die Auslieferung der Kaution von der Depositalbehörde zu erlangen, bemißt sich nach den Landesgesetzen. Für Preußen: Ges. v. 19. Juli 1875 (GS. S. 531), Hinterlegungsges. v. 14. März 1879 (GS. S. 249), MinVerf. v. 8., 9., 31. Juli 1879 (JMBl. S. 156 ff., 173 ff., 216 ff.).

4. Die materiellrechtliche Wirkung der Sicherheitsleistung ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen. Nach gemeinem Recht, wie nach preuß. ALR. I 20 § 94, bayer. LR. [Roth II S. 490], sächs. BGB. § 466 erwirbt derjenige, zu dessen Gunsten die Sicherheit bestellt ist, an dem hinterlegten Gelde oder den Wertpapieren ein Faustpfandrecht. Die Depositalbehörde erlangt namens desselben den Gewahrsam an den Sachen für die Dauer der Hinterlegung. Nach C. c. art. 2074 ist, wenn der Wert des Pfandobjekts oder der versicherten Forderung 150 fr. übersteigt, eine öffentliche oder registrierte Urkunde, nach württemb. Pfandges. Art. 246 zur Bestellung jedes Faustpfandrechts schriftliche Urkunde nötig. Wird bei der Hinterlegung, wie dies doch kaum anders denkbar ist, eine öffentliche Urkunde aufgenommen, so ist jedenfalls auch nach diesen Gesetzen ein Faustpfandrecht begründet. Welche Befugnisse dieses Faustpfandrecht gewährt, bemißt sich nach dem materiellen Recht. Im Konkurs kann der Gläubiger aus den hinterlegten Gegenständen abgesonderte Befriedigung wegen der Forderung, zu deren Sicherung die Hinterlegung stattfand, verlangen, zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals (KO. § 40, EG. zur KO. § 14). Wegen der Rechtsverhältnisse an der in dem Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgten Sicherheitsleistung vgl. Bem. Nr. 4 litt. a—c zu § 709. — Wegen des Verfahrens zur Erwirkung der Zurückgabe einer civilprozessualischen Kaution vgl. SA. XXXVIII Nr. 264 u. 292.

§ 102.

Ausländer, welche als Kläger auftreten, haben dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein:

1) **wenn nach den Gesetzen des Staates, welchem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist;**
2) **im Urkunden- oder Wechselprozesse;**
3) **bei Widerklagen;**
4) **bei Klagen, welche infolge einer öffentlichen Aufforderung angestellt werden;**
5) **bei Klagen aus Ansprüchen, welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind.**

Mot. S. 121, 122. KPr. S. 38, 520.

1. Kautionspflichtig sind Ausländer, d. i. wer nicht Angehöriger des D. Reiches ist. Wer Angehöriger des D. R. ist, ergiebt die RVerf. Art. 3 Abs. 1 und das Bundes- (Reichs-) Ges. über Erw. und Verl. der Bundes- und Staatsangehörigkeit v. 1. Juni 1870, §§ 1—12. Wohnsitz oder Grundbesitz im Inlande befreit den Ausländer nicht von der Kautionspflicht.

2. Kautionspflichtig sind Ausländer, welche als Kläger auftreten. Der Hauptintervenient (auch im Falle des § 72) ist kautionspflichtig beiden Beklagten gegenüber; der Nebenintervenient des Klägers dem Beklagten gegenüber. Die Kautionspflicht ist nicht [wie dies Hellmann Komm. I S. 350, Endemann I S. 415, Francke Nebenparteien S. 112 thun] auf den Intervenienten in der Ausnahmestellung des § 66 zu beschränken, da auch der

Intervenient in der Normalstellung des § 64 nach § 96 kostenpflichtig werden kann [vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 1b, OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 246]. Der Restitutions- und Nichtigkeitskläger (§ 541 ff.) ist ebenfalls kautionspflichtig. Nicht kautionspflichtig, weil nicht Kläger, ist der Antragsteller im Verfahren zur Sicherung des Beweises und im Entmündigungsverfahren, der Extrahent eines Zahlungsbefehls [vgl. Ztschr. f. d. CPr. I S. 465], eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, solange es nicht zur Klage kommt. — In den Rechtsmittelinstanzen kann wegen der nach § 247 eintretenden Präklusion Prozeßkostenkaution nur in den Fällen der §§ 103 oder 104 Abs. 3 gefordert werden. Kautionspflichtig ist in den Rechtsmittelinstanzen immer nur der Kläger erster Instanz, auch wenn er Berufungs- oder Revisionsbeklagter ist. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 314, Endemann I S. 415, A. Förster N. 1b, Francke Ztschr. f. d. CPr. IV S. 524. AM. v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 257.]

3. Kautionsberechtigt ist der Beklagte, einerlei ob In- oder Ausländer. Der Nebenintervenient des Beklagten ist nicht berechtigt, für seine Kosten Kaution zu verlangen, weil er nicht vom Kläger zum Prozeß genötigt ist. [So auch Struckm. Koch N. 2, Förster N. 1c. AM. Wilm. Levy N. 2, welche jeden Nebenintervenienten des Bekl., Gaupp I S. 314, Kleiner I S. 450, Francke Nebenparteien S. 113, 117, welche den Nebenint. i. d. St. d. § 66 für kautionsberechtigt halten.] Die Rüge der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten gehört zu den sog. prozeßhindernden Einreden (§ 247); zu deren Begründung genügt die vom Beklagten nachzuweisende Thatsache, daß der Kläger Ausländer ist; es ist dann Sache des Klägers, einen Befreiungsgrund darzuthun.

4. Zu Nr. 1: Diese Ausnahme entspricht dem Prinzip der internationalen Reciprocität. Gesetz bedeutet jede Rechtsnorm (vgl. EG. § 12), also auch die durch Vertrag gesetzte. Es kommt darauf an, ob ein Deutscher, welcher die gleiche Klage, wie sie der Ausländer im Inland erhebt, im Ausland erhöbe, Kostenkaution zu bestellen hätte. Wäre dies der Fall, so ist der Ausländer in Deutschland von der Kautionspflicht nicht frei, selbst dann nicht, wenn die Kautionspflicht des Deutschen im Ausland nicht Folge seiner Eigenschaft als Fremder, sondern Folge eines auch dem eigenen Staatsangehörigen Kaution abverlangenden Gesetzes ist. [Vgl. Struckm. Koch 5. Aufl. N. 3. AM. Fuld Ztschr. f. d. CPr. IX S. 257 ff., v. Schrutka-Rechtenstamm eod. XI S. 285 ff.] Daß es nicht auf „formelle" sondern auf die „materielle" Reciprocität ankommt, dürfte insbesondere daraus zu folgern sein, daß im Gesetze die in dem Pr.E. § 134 Nr. 1 gebrauchte Wendung „wenn die Gegenseitigkeit verbürgt ist" durch die weniger allgemeine ersetzt ist. Einzelnes: a) In Österreich (ausschließlich Ungarn) kann die Bestellung einer Sicherheit für Prozeßkosten von jedem Kläger verlangt werden. Ausgenommen ist, wer in der betr. Provinz hinreichendes Vermögen besitzt und wer das iuramentum paupertatis leistet. In Bagatellsachen (Streitgegenstand nicht über 50 fl.) entfällt die Kautionspflicht. Der Österreicher ist daher in Deutschland kautionspflichtig, wenn er nicht in dem btr. Bundesstaat (Analogie der Provinz) ausreichendes Vermögen besitzt, Streitsachen bis zu 50 fl. ausgenommen. Ein in Deutschland zum AR. zugelassener Österreicher ist kautionsfrei (s. d. in Bem. Nr. 3 zu § 106 cit. Vertrag). [AM. Fuld und v. Schrutka a. a. O. auf Grund der abweichenden Auslegung des § 106 Nr. 1]. b) In Frankreich kann von jedem Kläger, der nicht Franzose ist, eine Kostenkaution verlangt werden. Bestritten, ob auch, wenn der Beklagte Ausländer ist [darüber Foelix Demangeat droit international privé, ed. 4. I S. 294]. Ausnahmen Handelssachen, sowie bei hinreichendem Immobiliarbesitz in Frankreich (l. c. art. 16, c. de pr. art. 166, 423). Der Franzose ist daher in Deutschland kautionspflichtig, ausgenommen Handelssachen und den Fall, daß er Grundbesitz in Deutschland hat. Ein in Deutschland zum Armenrecht zugelas-

jener Franzose ist kautionsfrei (s. d. Bem. Nr. 3 zu § 106 cit. Vertrag). c) In England ist (regelmäßig) kautionspflichtig, wer außerhalb der Jurisdiktion (jedoch nicht, wer in Schottland oder Irland) wohnt. [Näheres s. bei Schuster die bürgerl. Rechtspfl. in England, Berlin 1887, S. 135 ff.] Der Engländer ist daher in Deutschland (regelmäßig) kautionspflichtig, wenn er nicht in Deutschland wohnt. d) In Rußland ist der Ausländer kautionspflichtig; ausgenommen Handelssachen. Entsprechend der Russe in Deutschland [nach Wilm. Levy 4. Aufl. S. 160.] e) Über die Niederlande s. jur. Wochenschr. 1884 S. 22 (Kautionspflicht besteht). f) Die in Bem. Nr. 3 zu § 106 cit. Verträge mit Belgien u. Luxemburg verbürgen die Kautionsfreiheit des zum Armenrecht Zugelassenen. — Vgl. a. den Vertrag mit der Dominikanischen Republik (RGBl. 1886 S. 3) Art. VI und mit der Südafrikanischen Republik (RGBl. 1886 S. 209) Art. 3 Abs. 2.

5. Zu Nr. 2: S. §§ 555 ff. Geht der Urkundenprozeß in das ordentliche Verfahren über (§ 559), so kann die Kaution verlangt werden; desgleichen im Nachprozesse (§ 563).

6. Zu Nr. 3: Vgl. §§ 33, 253. — Bei Trennung der Verhandlung (§§ 136 Abs. 2, 273) hört die Befreiung nicht auf.

7. Zu Nr. 4: Vgl. §§ 823 ff.

8. Zu Nr. 5: Gilt für dingliche und obligatorische Ansprüche (Mot. S. 122).

§ 103.

Der Beklagte kann auch dann Sicherheitsleistung verlangen, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Teil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

Mot. S. 122. KPr. S. 38, 520.

1. Wenn die Voraussetzungen des Anspruchs auf Kostenkaution erst nach der Einlassung eintreffen, so kann die Kaution noch nachher, auch in höherer Instanz, verlangt werden. Dies muß aber bei Meidung der Präklusion in der nächsten mündlichen Verhandlung geschehen, nachdem der Beklagte den Eintritt der Voraussetzungen erfahren hat.

2. Wegen Verlustes der Eigenschaft eines Deutschen s. BG. über Erw. u. Verl. der Bundes- und Staatsangehörigkeit v. 1. Juni 1870, §§ 13 ff.

3. Von den in § 102 angeführten Befreiungsgründen können nur die unter Nr. 1 und 2 wegfallen. Die Befreiung des Deutschen nach den auswärtigen Gesetzen kann aufhören, der Urkunden- und Wechselprozeß kann in das ordentliche Verfahren übergehen (§§ 559, 563).

4. Unbestritten ist der Teil, bezüglich dessen Anerkenntnis (§ 278) vorliegt; nicht schon ein eingeräumter Posten, gegen den eine Gegenforderung vorgebracht ist.

5. Fallen im Laufe des Prozesses die Voraussetzungen zur Sicherheitsleistung weg, so ist die Kaution unbeschadet der erworbenen Rechte freizugeben. Besteht unter den Parteien Streit darüber, ob die Voraussetzungen weggefallen sind, so ist gerichtliche Entscheidung nötig. Die Entscheidung, daß die Sicherheit freizugeben sei, steht der Abweisung des Kautionsverlangens, die Entscheidung, daß der Antrag auf Freigabe abzulehnen sei, der Stattgebung des Kautionsverlangens gleich. Über diese Entscheidungen s. Bem. Nr. 1 zu 105.

§ 104.

Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt.

Bei der Festsetzung ist derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird. Die dem Beklagten durch eine Widerklage erwachsenden Kosten sind hierbei nicht zu berücksichtigen.

Ergiebt sich im Laufe des Rechtsstreits, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Teil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

Mot S. 122. KPr. S. 38, 520.

1. Ist Streit über die Höhe der zu leistenden Sicherheit, so ist dieselbe durch Zwischenurteil festzusetzen. Gegen dieses Zwischenurteil ist kein selbständiges Rechtsmittel zulässig. Erst mit dem Endurteil kann dasselbe angefochten werden.

2. Bei Festsetzung der Höhe der Sicherheit können auch die Kosten höherer Instanzen in Betracht gezogen werden; sonst wird Nachholung nach Abs. 3 nötig.

3. Unzureichend kann die Sicherheit werden bei zu niedriger Veranschlagung durch das Gericht, insbesondere bei Rechtsmitteleinlegung [vgl. RG. 11. Apr. 1885 SA. XLI Nr. 97] oder durch das Sinken des Wertes der geleisteten Sicherheit (z. B. Kursrückgang). Sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Teil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist (s. Bem. Nr. 4 zu § 103), kann der Beklagte weitere Sicherheit verlangen. Dieses Recht wird nach § 247 Abs. 3 präkludiert, wenn der Beklagte, ohne davon Gebrauch zu machen, sich auch auf weitere Verhandlung zur Hauptsache eingelassen hat. Die Entscheidung erfolgt wie im Falle der Bem. Nr. 1.

§ 105.

Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen.

Mot. S. 122, 123. KPr. S. 38, 139, 520, 521.

1. Besteht kein Streit über die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung und über die Höhe derselben, so bedarf es nicht gerichtlicher Entscheidung darüber. Das Gericht setzt dann durch einen (zu verkündenden) Beschluß die Frist fest. Besteht Streit über die Verpflichtung oder über die Höhe (bzw. über beides) so ist darüber gerichtliche Entscheidung nötig. Die Entscheidung, welche die Verpflichtung bejaht, ist immer Zwischenurteil. In diesem ist auch die Höhe und die Frist zu bestimmen. Gegen dieses Zwischenurteil ist kein selbständiges Rechtsmittel zulässig. Dasselbe kann erst mit dem Endurteil angefochten werden. Die Entscheidung, welche die Verpflichtung verneint, muß im Falle des § 248 Abs. 1 durch Zwischenurteil (über dessen Anfechtbarkeit und Rechtskraft s. Bem. Nr. 3 zu § 248); sie kann außer dem Falle des § 248 Abs. 1 durch Zwischenurteil oder im Endurteil getroffen werden.

2. Der Lauf der Frist beginnt mit der Verkündung des Beschlusses bzw. Zwischenurteils (§ 198). Wegen Verlängerung s. § 202. Auch wenn die Sicherheit nach Ablauf der Frist geleistet ist, kann dem Antrag die Klage für zurückgenommen zu erklären bzw. das Rechtsmittel zu verwerfen, nicht mehr stattgegeben werden. Die Sicherheit kann solange noch

geleistet werden, als die Klage noch nicht für zurückgenommen erklärt, das Rechtsmittel noch nicht verworfen wurde (KPr. S. 520, 521).

3. Die auf den Fall der Nichtleistung der Kaution angedrohten Rechtsnachteile sind:

a) absolutio ab instantia in der Gestalt der Erkärung, daß die Klage als zurückgenommen gelte. Es treten dieselben Wirkungen wie bei der (freiwilligen) Zurücknahme ein (vgl. § 243), insbesondere auch Kostenpflicht des Klägers. Oder

b) Verwerfung des von dem kostenpflichtigen Kläger eingelegten Rechtsmittels. Es treten die gleichen Wirkungen ein wie bei Zurücknahme des Rechtsmittels (vgl. § 476 Abs. 3), insbesondere auch die Verpflichtung des Klägers zur Tragung der Kosten der Rechtsmittelinstanz.

Der Rechtsnachteil ad b tritt nur ein, wenn der kautionspflichtige Kläger das Rechtsmittel eingelegt hat. Hat der Beklagte das Rechtsmittel ergriffen und der Kläger eine in höherer Instanz angeordnete Kaution nicht geleistet, so ist die Klage als zurückgenommen zu erklären [so auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 320, A. Förster N. 26. Unrichtig v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 257 ff., Kleiner I S. 458.]

Haben beide Theile das Rechtsmittel eingelegt, kann der Beklagte nur beantragen, daß die Klage für zurückgenommen erklärt werde, nicht, daß das Rechtsmittel des Klägers verworfen und über das Rechtsmittel des Beklagten verhandelt werde. Dies folgt daraus, daß das Kautionsverlangen Rüge des Mangels einer Prozeßvoraussetzung ist. Der Beklagte kann nicht den Mangel auf einer Seite geltend machen und auf der andern Seite auf der Verhandlung zur Sache bestehen. Will er über sein Rechtsmittel materiell verhandelt haben, so darf er den Mangel der Sicherheit für die Kosten nicht rügen; dann kommt aber auch das Rechtsmittel des Klägers zur Verhandlung. — Bei Anschließung an ein Rechtsmittel (abgesehen von §§ 483 und 518, wo die Anschließung als selbständiges Rechtsmittel zu behandeln und daher die Rechtslage mit der vorbesprochenen identisch ist) ist zu unterscheiden: hat der Beklagte dem Rechtsmittel des kautionspflichtigen Klägers adhäriert, so wird auf Antrag des Beklagten das Rechtsmittel verworfen; damit fällt auch die Adhäsion. Hat der kautionspflichtige Kläger sich dem Rechtsmittel des Beklagten angeschlossen, so kann der Beklagte nur die Erklärung der Zurücknahme der Klage beantragen.

Die Erklärung der Klage als zurückgenommen und die Verwerfung des Rechtsmittels erfolgt nach mündlicher Verhandlung durch Endurteil. Dieses ist kein Versäumnisurteil im Sinne der §§ 295 ff.; denn in dem Urteil werden nicht Folgen einer Terminsversäumnis ausgesprochen. Versäumt der kautionspflichtige Kläger den Termin zur mündlichen Verhandlung, so kann der Beklagte Versäumnisurteil nach § 295, nicht aber Kostenkaution verlangen. Erhebt der Kläger Einspruch gegen das Versäumnisurteil, so kann der Beklagte noch Kaution verlangen (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 295).

4. Die Rechtsfolge absolutio ab inst. in der Gestalt der Erklärung, daß die Klage für zurückgenommen gelte, tritt nach HGB. Art. 223 Abs. 2 in der Fass. d. RG. v. 18. Juli 1884 auch ein, wenn in den daselbst bezeichneten Prozessen die klagende Partei die von ihr rechtzeitig verlangte Sicherheit nicht leistet.

5. § 105 findet auf Anordnung von Kautionsergänzung (§ 104 Abs. 3) entsprechende Anwendung.

6. Zwangsvollstreckung zur Erzwingung der Kaution ist unzulässig. Die Kautionspflicht ist keine materiellrechtliche.

Siebenter Titel.

Armenrecht.

1. Über die geschichtliche Entwicklung des AR.: s. Wetzell Syst. § 30 N. 98 ff., Renaud S. 750 f., Planck I § 38 II. — Vom AR. nach der CPrO. handeln Bl. f. RA. XLIII S. 273 ff., 311 ff., Erg. Bd. III S. 23 ff., 49 ff.

2. Das AR. im Sinne der CPrO. kann nur physischen, nicht juristischen Personen bewilligt werden. [So auch Francke Ztschr. f. d. CPr. VI S. 91 ff., Sturm Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 829 ff. Planck I § 38 bei N. 39 meint, daß das AR. den Personen verliehen werden könne, welche die Mittel zur Prozeßführung für die juristische Person herbeizuschaffen hätten.] Einem Vertreter als solchem kann das AR. nicht bewilligt werden; daher auch nicht dem Konkursverwalter [Sturm a. a. O., OLG. Colmar Ztschr. f. d. CPr. VII S. 97, OLG. Kiel SA. XXXIX Nr. 54]. Landesgesetzliche Vorschriften können für gewisse Rechtssachen oder für gewisse (physische oder juristische) Personen in dem Verfahren vor den Landesgerichten Gebührenfreiheit gewähren (GKG. § 98 Abs. 2). Für Bayern s. Ges. über das Gebührenwesen v. 18. Aug. 1879 Art. 3 u. 279. Wegen Gebührenfreiheit vor dem Reichsger. s. VO. v. 24. Dez. 1883 (RGBl. 1884 S. 1). — Über Stundung und Niederschlagung von Kosten wegen Armut ohne Bewilligung des AR. s. Preuß. AG. z. GKG. § 30.

3. Die Vorschriften über AR. finden auch auf das Verfahren zur Sicherung des Beweises (§§ 447 ff.), auf das Entmündigungsverfahren (§§ 593 ff.), das Mahnverfahren (§§ 628 ff.), das Aufgebotsverfahren (§§ 823 ff.) und auf das schiedsrichterliche Verfahren (§§ 851 ff.), soweit hierbei eine Mitwirkung des Gerichts in Frage kommt, entsprechende Anwendung.

§ 106.

Wer außer stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Ausländer haben auf das Armenrecht nur insoweit Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Mot. S. 123. KPr. S. 39—41, 523.

1. Wegen des Nachweises der Armut s. § 109 Abs. 2 und Bem. Nr. 2 dazu. Sind vermögende Verwandte der Partei vorhanden, welche für die prozessualische Vertretung derselben zu sorgen haben, so ist das AR. nicht zu bewilligen. Im übrigen ist es nicht erheblich, ob alimentationspflichtige Verwandte vorhanden sind. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Planck I § 38 N. 31, OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. VI S. 127, KG. Berlin eod. X S. 403.]

2. Daß das Gesuch mit Rücksicht auf die Haltbarkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung gerichtlicher Vorprüfung unterworfen sein solle, wurde in der JK. d. RT. beschlossen. Dieser Prüfung dient § 109 Abs. 3. Eine Ausnahme macht § 110 Abs. 2. — Das Gericht hat nach freiem Ermessen zu würdigen, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als mutwillig oder, wenn nicht gerade mutwillig, so doch als aussichtslos erscheine. Die Bewilligung darf nur versagt werden, wenn die Unhaltbarkeit des von dem Nachsuchenden eingenommenen Rechtsstandpunkts offenbar, nicht schon wenn die Haltbarkeit unwahrscheinlich ist. [Vgl. RG. 6. Apr. 1881 Entsch. IV Nr. 119 S. 417]. In Eheprozessen kann dem Beklagten das AR. aus dem Grunde der Aussichts-

losigkeit seiner Verteidigung nicht versagt werden, da er ohne Urteil der Klage nicht genügen kann [OLG. Dresden Ztschr. VI S. 487].

3. Die Gegenseitigkeit ist „verbürgt" sowohl dann, wenn nach den Gesetzen des ausländischen Staates (ohne Vertrag) den Deutschen das AR. gewährt wird (dies ist in Italien der Fall, Bek. d. RK. v. 1. Okt. 1879, RGBl. S. 312), wie auch dann, wenn Verträge darüber bestehen. Verträge des Reichs bestehen z. B. mit Belgien (v. 18. Okt. 1878 RGBl. 1879 S. 316), Luxemburg (v. 12. Juni 1879 RGBl. S. 318), Frankreich (v. 20. Febr. 1880 RGBl. 1881 S. 81), Österreich-Ungarn (v. 9. Mai 1886 RGBl. 1887 S. 120). Vgl. a. die in Bem. Nr. 4 zu § 102 cit. Verträge mit der Dominikanischen und mit der Südafrikanischen Republik. Soweit zwischen Bundesstaaten und außerdeutschen Staaten Verträge über die wechselseitige Gewährung des AR. bestehen, ist von den Gerichten dieser Bundesstaaten die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen.

§ 107.

Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei:

1) die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten, einschließlich der Gebühren der Beamten, der den Zeugen und Sachverständigen zu gewährenden Vergütung und der sonstigen baren Auslagen, sowie der Stempelsteuer;
2) die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten;
3) das Recht, daß ihr zur vorläufig unentgeltlichen Bewirkung von Zustellungen und von Vollstreckungshandlungen ein Gerichtsvollzieher und, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet werde.

Mot. S. 124, 125. KPr. S. 41, 42, 523, 524, 663.

1. Zu Nr. 1. Der Staat muß die Gebühren und Kosten für die auf Vorschlag der zum AR. gelassenen Partei zu ladenden Zeugen 2c. auslegen (KPr. S. 523, 524). — Zu den sonstigen baren Auslagen gehören die in GKG. § 79 aufgezählten. [Wegen der Reisekosten einer Partei, deren Person Objekt einer Begutachtung ist, s. Ztschr. f. d. CPr. VII S. 98.]

2. Zu Nr. 2. Andere prozessualische Sicherheiten (s. Bem. Nr. 1 zu § 101) sowie aus dem materiellen Recht sich ergebende Kautionen muß auch der zum AR. Zugelassene leisten.

3. Zu Nr. 3. Wie die Beiordnung des GV. erfolgt, bestimmen die Landesgesetze. — Ein Recht auf Beiordnung eines Offizialanwalts besteht nur im Anwaltsprozeß (vgl. § 74). Die RAO. § 34 stellt es in das Ermessen des Prozeßgerichts, der armen Partei auf Antrag einen Offizialanwalt auch in anderen Prozessen beizuordnen. Beschwerde gegen Ablehnung eines solchen Antrags s. RAO. § 35. Wegen Auswahl des beizuordnenden Anwalts: RAO. § 36 Abs. 1. Beschwerde gegen die Auswahl: RAO. § 36 Abs. 2, nicht gegen die Beiordnung als solche. [Vgl. Reskr. d. Preuß. Just.Min. in Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 772, RG. 25. März 1884 eod. XXVIII S. 1134, 26. Juni 1885 Entsch. XV Nr. 88 S. 341.] Der Anwalt kann daher nicht die Vertretung aus dem Grunde ablehnen, daß die Rechtsverfolgung oder -verteidigung aussichtslos sei. Über Vollmacht des beigeordneten Anwalts s. Bem. Nr. 1 zu § 76.

4. Bewilligung des AR. mit teilweiser Befreiung ist nicht vorgesehen, daher unzulässig [RG. 5. Febr. 1885 Entsch. XII Nr. 124 S. 417].

§ 108.

Die Bewilligung des Armenrechts hat auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenden Kosten keinen Einfluß.

KPr. S. 42, 524.

Der Gegner der zum AR. zugelassenen Partei kann alle im Sinne des § 87 notwendigen Kosten fordern, wenn die arme Partei zur Tragung der Kosten verurteilt ist. — Vgl. noch Bem. Nr. 1 zu § 111 u. Bem. Nr. 8 zu § 247.

§ 109.

Das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ist bei dem Prozeßgericht anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Dem Gesuche ist ein von der obrigkeitlichen Behörde der Partei ausgestelltes Zeugnis beizufügen, in welchem unter Angabe des Standes oder Gewerbes, der Vermögens- und Familienverhältnisse der Partei, sowie des Betrags der von dieser zu entrichtenden direkten Staatssteuern das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten ausdrücklich bezeugt wird. Für Personen, welche unter Vormundschaft oder Kuratel stehen, kann das Zeugnis auch von der vormundschaftlichen Behörde ausgestellt werden.

In dem Gesuche ist das Streitverhältnis unter Angabe der Beweismittel darzulegen.

Mot. S. 125. KPr. S. 42, 524.

1. Prozeßgericht = das Gericht, bei welchem die Klage (bzw. der Antrag auf Beweiserhebung zur Sicherung des Beweises, auf Zahlungsbefehl, auf Entmündigung 2c. 2c., s. Bem. Nr. 3 vor § 106) angebracht werden soll oder angebracht ist. Nach Erledigung einer Instanz kann für dieselbe das AR. nicht mehr bewilligt werden [RG. 27. Juli 1880 Entsch. II Nr. 102 S. 378]. — Wegen Zwangsvollstreckung s. § 110 Abs. 1. — Kein Anwaltszwang (§ 74 Abs. 2).

2. Bei Beurteilung der Dürftigkeit ist das Gericht insofern an die gutachtliche Äußerung der das Zeugnis ausstellenden Behörde gebunden, als das AR., wenn die Behörde das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten nicht bezeugt, nicht bewilligt werden kann. Dagegen ist das Gericht nicht gebunden, Unvermögen anzunehmen, wenn dasselbe von Seite der Behörde bejaht wird; andere Erhebungen sind nicht ausgeschlossen [vgl. Marcus Ztschr. f. d. CPr. XI S. 291 f.]. Unvollständige Vermögenszeugnisse können zur Ergänzung zurückgegeben werden.

3. Abs. 3 steht mit der sachlichen Vorprüfung (§ 106 Bem. Nr. 2) in Zusammenhang. Das Gericht ist nicht verbunden, von Amtswegen Erhebungen über die vorgetragenen Thatsachen anzustellen [OLG. Dresden SA. XXXVIII Nr. 64], kann aber von dem Gesuchsteller nähere Aufklärung über das Streitverhältnis oder über Beweismittel (z. B. Vorlage von Urkunden) fordern. Wird das AR. in einem anhängigen Prozesse nachgesucht, so muß das dem Prozeßgericht in den (nötigenfalls einzuziehenden) Akten zu Gebote stehende Material von Amtswegen berücksichtigt werden [RG. 25. März 1881 Entsch. IV Nr. 97 S. 357]. Beweisaufnahme zum Zwecke der Vorprüfung ist ausgeschlossen.

§ 110.

Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für jede Instanz besonders, für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung.

In der höheren Instanz bedarf es des Nachweises des Unvermögens nicht, wenn das Armenrecht in der vorherigen Instanz bewilligt war. Hat der Gegner das Rechtsmittel eingelegt, so ist in der höheren Instanz nicht zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der Partei mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Mot. S. 125. KPr. S. 42, 524.

1. Die Bewilligung des AR. erfolgt durch das betreffende Instanzgericht und muß für jede Instanz besonders nachgesucht werden. Wegen teilweiser Bewilligung des AR., wenn die Rechtsverfolgung ꝛc. bezüglich eines von mehreren Ansprüchen aussichtlos ist, vgl. Ztschr. f. d. CPr. VI S. 486.

2. Die Bewilligung des AR. für die Instanz schließt die Bewilligung des AR. für das in der Instanz angeordnete Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ein, gleichviel ob der ersuchte Richter demselben oder einem anderen Bundesstaat als das ersuchende Gericht angehört. — Vgl. noch GVG. § 165.

3. Nur die Bewilligung des AR. für die erste Instanz schließt die Bewilligung für die Zwangsvollstreckung ein. Wird eine Partei erst in einer höheren Instanz zum AR. zugelassen, so muß sie, falls sie das AR. für die Zwangsvollstreckung haben will, solches nachträglich bei dem Gerichte erster Instanz nachsuchen. Die Bewilligung des AR. für die Zwangsvollstreckung schließt nicht die Bewilligung für die sich im Zwangsvollstreckungsverfahren ergebenden neuen Prozesse ein. Für diese ist Neubewilligung des AR. durch das Prozeßgericht nötig. — Die Bewilligung des AR. für die Zwangsvollstreckung durch die erste Instanz ist für alle bei der Zwangsvollstreckung beteiligten Gerichte, auch wenn dieselben einem anderen Bundesstaat als das Prozeßgericht angehören, maßgebend.

4. War dem Gesuchsteller in der vorigen Instanz das AR. bewilligt, so bedarf es keines besonderen Nachweises des Unvermögens in der höheren Instanz; immerhin kann das Gericht, z. B. bei veränderten Vermögensverhältnissen, die Frage der Dürftigkeit verneinen. Will der Gesuchsteller das Rechtsmittel einlegen, so tritt sachliche Vorprüfung ein; das Gericht hat zu prüfen, ob die Rechtsmitteleinlegung nicht mutwillig oder aussichtslos ist. Hat aber der Gegner das Rechtsmittel eingelegt, so unterbleibt eine sachliche Vorprüfung, weil der Gesuchsteller das Urteil für sich hat. Dies gilt auch dann, wenn der Gesuchsteller sich dem Rechtsmittel anschließt.

§ 111.

Die Bewilligung des Armenrechts für den Kläger, den Berufungskläger und den Revisionskläger hat zugleich für den Gegner die einstweilige Befreiung von den im § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten zur Folge.

KPr. S. 42, 524.

1. § 111 ist in der JK. des R. eingefügt worden. Dadurch ist nicht bloß die Schädigung vermögender Parteien durch frivole, im AR. geführte Prozesse zahlungsunfähiger Personen verringert, sondern auch die arme Partei in dem Falle des Unterliegens begünstigt, indem sie bei der Erstattung Kosten der in § 107 Nr. 1 bezeichneten Art dem Gegner nicht zu erstatten braucht.

2. Daß die zum AR. zugelassene Partei Widerklage erhebt oder der Berufung oder der Revision sich anschließt, genügt nicht zur Anwenbarkeit des § 111. Die Befreiung des Gegners der armen Partei gemäß § 111 erstreckt sich auch auf das Verfahren über die von dem ersteren erhobene Widerklage, solange nicht Klage und Widerklage in getrennten Pro-

zessen verhandelt werden [§§ 136, 273 cf. GKG. § 11 Abs. 1) [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 485], ferner auf Anschlußberufung und Anschlußrevision. Treten die arme Partei und ihr Gegner als Berufungs- oder Revisionskläger auf, so findet § 111 nur insoweit Anwendung, als der Gegner der armen Partei Berufungs- oder Revisionsbeklagter ist. Seine Berufung oder Revision und das hierdurch veranlaßte Verfahren ist nicht kostenfrei; daher ist der als Berufungs- oder Revisionskläger auftretende Gegner der armen Partei verpflichtet, den Gebührenvorschuß für die Instanz (GKG. § 81) zu erlegen [vgl. RG. 9. Dez. 1881 SA. XXXVII Nr. 148, 2. Mai und 13. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 131 S. 420]. Der Gegner der armen Partei ist zur Bezahlung nur derjenigen Gebühr verbunden, welche nach dem durch seine Berufung ꝛc. ergriffenen Streitgegenstand ohne Zurechnung (GKG. § 11 Abs. 2) des von der Berufung des Gegners berührten Streitgegenstandes sich berechnet.

3. Mit § 111 stehen §§ 114 Abs. 2 und 116 Abs. 2 im Zusammenhang. Die nach § 111 eintretende Befreiung des Gegners der armen Partei cessiert mit Entziehung des AR.

§ 112.

Das Armenrecht kann zu jeder Zeit entzogen werden, wenn sich ergiebt, daß eine Voraussetzung der Bewilligung nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist.

Mot. S. 125. KPr. S. 42, 524.

1. Die beiden Voraussetzungen der Bewilligung des AR. sind Dürftigkeit und Probabilität der Sache. Überzeugt sich das Gericht nach Bewilligung des AR., daß eine dieser Voraussetzungen niemals vorhanden war oder hinweggefallen ist, so hat es von Amtswegen das AR. zu entziehen. Diese Vorschrift hat besondere Bedeutung für die Fälle, in welchen das Gericht sich durch die Prozeßentwickelung von der offenbaren Frivolität der Rechtsverfolgung oder der Rechtsverteidigung der zum AR. zugelassenen Partei überzeugt.

2. Die Entziehung des AR. bewirkt die Entziehung der in § 107 und § 111 bezeichneten Vorteile von dem Momente der Verkündung oder Zustellung des bezüglichen Beschlusses an. Die Beschwerde (§ 118) hat keine aufschiebende Kraft. Rückwirkung hat die Entziehung des AR. nicht. Von der Entziehung des AR. verschieden ist die nach § 116 eintretende Verpflichtung zur Nachzahlung.

§ 113.

Das Armenrecht erlischt mit dem Tode der Person, welcher es bewilligt ist.

KPr. S. 42, 524.

Die Erben können das AR. nachsuchen, sofern in ihrer Person die Voraussetzungen gegeben sind. Wegen Verpflichtung der Erben zur Nachzahlung gestundeter Beträge vgl. § 116 Bem. Nr. 1.

§ 114.

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, können von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner nach Maßgabe der für die Beitreibung rückständiger Gerichtskosten geltenden Vorschriften eingezogen werden.

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung der Gegner der armen Partei einstweilen befreit ist, sind von demselben einzuziehen, soweit er in

die Prozeßkosten verurteilt oder der Rechtsstreit ohne Urteil über die Kosten beendigt ist.

KPr. S. 42, 524.

1. a) Ist der Gegner der armen Partei in die Prozeßkosten verurteilt, so sind sowohl die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei nach § 107 Nr. 1, wie diejenigen, von deren Berichtigung der Gegner nach § 111 einstweilen befreit ist, von dem letzteren einzuziehen. Das Gleiche gilt bezüglich derjenigen Kostengruppen, welche nach den Regeln über Kostenseparation (s. Bem. Nr. 1 zu § 90) dem Gegner der armen Partei auferlegt sind.

b) Ist Kompensation der Kosten (§ 88 Abs. 1) ausgesprochen, so ist die Hälfte der ad a bezeichneten Gerichtskosten vom Gegner der armen Partei einzuziehen; denn ein solcher Ausspruch enthält die Festsetzung, daß die Gerichtskosten jeder der beiden Parteien zur Hälfte zur Last fallen (s. Bem. Nr. 1 zu § 88).

c) Ist Repartition der Kosten nach § 88 Abs. 2 ausgesprochen, so ist von dem Gegner der armen Partei diejenige Quote der ad litt. a bezeichneten Gerichtskosten einzuziehen, welche der ihm zur Last gelegten Quote der Prozeßkosten entspricht.

d) Wird der Prozeß durch Vergleich erledigt, so ist zu unterscheiden: α) bezüglich der Kosten wird nichts vereinbart, so daß sie als aufgehoben gelten (§ 93), oder es wird die Aufhebung vereinbart; dann sind die ad a bezeichneten Kosten zur Hälfte von dem Gegner der armen Partei einzuziehen; denn Aufhebung bedeutet auch hier Halbierung der Gerichtskosten, welche noch nicht gezahlt sind. Vgl. o. litt. b und GKG. §§ 86, 88. β) Der Gegner der armen Partei übernimmt die Kosten ganz oder zu einer die Hälfte übersteigenden Quote; dann sind die ad a bezeichneten Kosten ganz bzw. in der übernommenen Quote von dem Gegner der armen Partei einzuziehen. γ) Die arme Partei übernimmt die Kosten ganz oder zu einer die Hälfte übersteigenden Quote. Dann sind die ad a bezeichneten Kosten zur Hälfte von dem Gegner der armen Partei einzuziehen. Arg. GKG. § 88. [Vgl. OLG. Carlsruhe SA. XXXVII Nr. 340].

e) Wird der Prozeß während längerer Zeit (vgl. etwa GKG. § 94 Nr. 1) nicht betrieben, so kann das Gericht den Gegner der armen Partei auffordern, sich zu erklären, ob er den Prozeß liegen lassen wolle. Erfolgt weder Erklärung noch Prozeßbetrieb, so sind von der vermögenden Partei diejenigen Kosten einzuziehen, deren Schuldner sie in einem Prozesse ohne Armenrecht nach GKG. § 89 wäre.

2. Die Einziehung von Gerichtskosten nach § 114 darf erst erfolgen, wenn die Kostenentscheidung — s. Bem. Nr. 1 litt. ad a bis d — rechtskräftig ist. Zwar fordert GKG. § 86 nicht die Rechtskraft der Entscheidung; aber der § 86 setzt einziehbare, nicht wegen Armenrechts gestundete Gerichtskosten voraus. Dem GKG. § 86 gegenüber ist CPrO. § 114 eine speziellere Rechtsnorm [RG. 13. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 131 S. 419. Unrichtig OLG. Celle Ztschr. f. d. CPr. IV S. 397 und das U. eod. V S. 477]. Die Einziehung erfolgt, ohne daß deren Zulässigkeit vom Gericht besonders auszusprechen ist, durch die nach dem Landesgesetz zuständige Behörde [vgl. preuß. AG. z. GKG. § 29; bay. Instr. v. 21. Sept. 1879 FMBl. S. 205 ff.].

§ 115.

Die für die arme Partei bestellten Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte sind berechtigt, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner beizutreiben.

Eine Einrede aus der Person der armen Partei ist nur insoweit zulässig, als die Aufrechnung von Kosten verlangt wird, welche nach der in demselben Rechtsstreite über die Kosten erlassenen Entscheidung von der armen Partei zu erstatten sind.

Mot. S. 125. KPr. S. 42, 524.

1. Nachgebildet der (übrigens besonderen Ausspruchs bedürftigen) distraction des dépens des code de proc. art. 133. — Die arme Partei schuldet ihrem Gerichtsvollzieher und Rechtsanwalt die Gebühren und Auslagen. Durch die Verurteilung des Gegners in die Prozeßkosten wird festgestellt, daß die arme Partei einen Anspruch gegen den Gegner auf Erstattung dieser Kosten hat. Soweit die arme Partei ihren Gerichtsvollzieher und Anwalt noch nicht bezahlt hat, geht mit der Verurteilung des Gegners (nicht erst mit der Rechtskraft der Entscheidung) der Ersatzanspruch der armen Partei auf deren Gerichtsvollzieher und Rechtsanwalt kraft Gesetzes über; es vollzieht sich gesetzliche Succession in das Forderungsrecht. Diese gesetzliche Succession hat zur Folge, daß von dem bezeichneten Zeitpunkte an die von der armen Partei bezüglich der Forderung vorgenommenen Dispositionsakte, also Zahlungen an die arme Partei, mit derselben geschlossene Nachlaß- oder Stundungsverträge rc., dem Gerichtsvollzieher und dem Rechtsanwalt gegenüber unwirksam sind, und daß der Gerichtsvollzieher und der Rechtsanwalt die betreffenden Kosten von dem Gegner beizutreiben berechtigt sind. Die Succession bewirkt nicht, daß die arme Partei dem GV. und RA. gegenüber von ihrer Gebührenschuld befreit wird; wohl aber tritt solche Befreiung ein, wenn und soweit der GV. oder RA. diese Kosten von dem Gegner beitreibt oder durch Aufrechnung mit eigener Schuld in sein Vermögen überführt. Die Rechtsverhältnisse sind in dieser Beziehung analog denjenigen, welche durch Pfändung und Überweisung einer Forderung zur Einziehung (§§ 730, 736) entstehen. [Vgl. Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 51.]

2. Die Verurteilung des Gegners in die Kosten ist für den GV. und RA. Vollstreckungstitel, auf Grund dessen er kraft eigenen Rechts und in seinem Namen die Festsetzung der ihm geschuldeten Gebühren und Auslagen nach §§ 98 ff. beantragen und nach erlangtem Festsetzungsbeschluß die Zwangsvollstreckung betreiben kann. Gegen den Festsetzungsbeschluß kann der GV. und der RA., soweit derselbe ihn angeht, Beschwerde kraft eigenen Rechts und im eigenen Namen erheben [RG. 14. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 114 S. 390]. Klage des GV. und RA. gegen den Gegner ist nicht möglich, weil auch die Partei nicht auf die Kosten klagen könnte.

3. Zu Abs. 2: Weil der Anspruch des GV. und des RA. gegen den Gegner ein von der armen Partei auf jenen übergegangener ist, sind Einreden aus der Person der armen Partei prinzipiell möglich. Aus Zweckmäßigkeitsrücksichten sind aber solche Einreden ausgeschlossen mit Ausnahme der Kompensationseinrede, welche Aufrechnung der Kosten verlangt, die nach der in demselben Rechtsstreit getroffenen Entscheidung von der armen Partei dem Gegner zu erstatten sind. Auch diese Kompensationseinrede kann nicht im Kostenfestsetzungsverfahren, sondern muß, wenn die Kompensation nicht bewilligt wird, mittels Klage (§ 686) gegen den GV. bzw. RA. geltend gemacht werden (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 99). [AM. bay. o. LG. SA. XLII Nr. 156]. Einreden aus der Person des GV. oder RA. sind zulässig; sie sind gleichfalls nach § 686 geltend zu machen.

§ 116.

Die zum Armenrechte zugelassene Partei ist zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung sie einstweilen befreit war, verpflichtet, sobald

sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts dazu imstande ist.

Dasselbe gilt in betreff derjenigen Beträge, von deren Berichtigung der Gegner einstweilen befreit war, soweit die arme Partei in die Prozeßkosten verurteilt ist.

Mot. S. 126. KPr. S. 42, 524.

1. Die Verpflichtung zur Nachzahlung ist ohne Parteiantrag durch Gerichtsbeschluß auszusprechen (§ 118). Die Nachzahlung kann sowohl während des Rechtsstreites wie nach Beendigung desselben beschlossen werden, wenn die Vermögensverhältnisse der Partei sich gebessert haben oder das Gericht sich später überzeugt, daß die Vermögensverhältnisse von Anfang die Bewilligung des AR. nicht rechtfertigten. Daß die zum AR. zugelassene Partei zur ratenweisen Nachzahlung der Kosten imstande ist, genügt nicht [RG. 5. Febr. 1885 Entsch. XII Nr. 124 S. 416]. — Die Erben der zum AR. zugelassenen Partei können zur Nachzahlung angehalten werden, wenn in ihrer Person die Voraussetzung des § 116 zutrifft.

2. Zuständig zur Erlassung des Beschlusses ist das Gericht, bei welchem der Prozeß anhängig ist, und nach Beendigung des Prozesses das Gericht erster Instanz [so auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 4, Endemann I S. 431 f., RG. 5. Febr. 1885 Entsch. XII Nr. 124 S. 416. AM. Gaupp I S. 339, welcher das höchstinstanzielle Gericht, und Hellmann Lehrb. S. 222, welcher jede Instanz bezüglich der in der Instanz gestundeten Kosten für zuständig erklärt].

3. Die Verpflichtung zur Nachzahlung erstreckt sich a) auf die Gerichtskosten und Auslagen (§ 107 Nr. 1), von deren Berichtigung die Partei einstweilen befreit war. Diese Kosten können von der armen Partei nicht eingehoben werden, wenn der Gegner in die Prozeßkosten verurteilt ist (arg. GKG. § 86). Bei Beendigung des Prozesses o h n e U r t e i l über den Kostenpunkt ist zu unterscheiden, ob dem Gericht eine Erklärung zugekommen ist, wonach eine der Parteien die Kosten übernommen hat, oder nicht. Liegt dem Gericht eine solche Erklärung vor, so ist zunächst Schuldner der Gerichtskosten, wer die Kosten übernommen hat (GKG. § 86); dabei kommt jedoch GKG. § 88 zur Anwendung. Daraus ergiebt sich, daß bei Übernahme der Kosten durch den Gegner der armen Partei die letztere zur Nachzahlung nur der Hälfte der Kosten und zwar erst nach dem in GVG. § 88 Abs. 2 vorgeschriebenen Exekutionsversuche angehalten werden kann. Liegt dem Gericht keine Erklärung des vorbezeichneten Inhalts vor, so schuldet die zum AR. zugelassene Partei im Falle des § 116 die i h r gestundeten Beträge ganz, wenn der Prozeß ohne Urteil erledigt wird. b) Auf die Gebühren des Anwalts und Gerichtsvollziehers, welche der Partei nach § 107 Nr. 3 beigeordnet wurden. Diese Forderungen sind in besonderem Verfahren zu verfolgen (§ 34). c) Im Falle der Verurteilung der armen Partei in die Kosten — nicht aber bei Beendigung des Prozesses ohne Urteil — auch auf die Beträge, von deren Berichtigung der Gegner nach § 111 einstweilen befreit war.

4. Von dem Beschlusse der Nachzahlung verschieden ist die Entziehung des AR. (§ 112). Nachzahlung und Entziehung können im Laufe des Prozesses zugleich beschlossen werden. — Verfahren s. § 117.

§ 117.

Über das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, über die Entziehung desselben und über die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge,

von deren Berichtigung die zum Armenrechte zugelassene Partei oder der Gegner einstweilen befreit ist, kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

KPr. S. 42, 542.

1. Über das Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Nach mündlicher Verhandlung ergehende Beschlüsse sind zu verkünden. Hat mündliche Verhandlung nicht stattgefunden, so ist zu unterscheiden: a) der das AR. bewilligende und der das AR. entziehende Beschluß ist stets beiden Parteien zuzustellen (dem Gegner der armen Partei wegen § 111). b) Der ein Gesuch um Bewilligung des AR. zurückweisende Beschluß ist nur dem Gesuchsteller zuzustellen, weil der Gegner nicht dabei interessiert ist. c) Der Beschluß, welcher die Verpflichtung zur Nachzahlung ausspricht, ist der armen Partei bzw. ihren Erben zuzustellen; nicht dem Gegner, weil er kein Interesse daran hat. — Alle hiernach nötigen Zustellungen erfolgen von Amtswegen (§ 294 Abs. 2). Vgl. noch Bem. Nr. 3 zu § 294.

2. Das Verfahren ist gebührenfrei: GKG. § 47 Nr. 2. Anwaltsgebühren s. GO. f. RA. §§ 25 Nr. 129 Nr. 6.

§ 118.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, findet die Beschwerde statt.

Mot. S. 126. KPr. S. 42, 524.

Wird das AR. verweigert oder entzogen (§§ 112) oder Nachzahlung angeordnet (§ 116), so steht der um das AR. nachsuchenden bzw. der Partei, welcher das AR. entzogen oder die Nachzahlung auferlegt ist, die Beschwerde zu. Der Gegner der armen Partei hat kein Rechtsmittel gegen die bezeichneten Beschlüsse; ebensowenig der beigeordnete RA. außer wegen RAO. § 36 [RG. 25. März 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1135]. Im Falle des § 114 erfolgt die Einziehung ohne besonderen Beschluß; daher ist keine Beschwerde möglich.

Wird der das AR. entziehende Beschluß mit einem durch Berufung anfechtbaren Urteile verbunden, so ist derselbe gleichwohl mit Beschwerde, nicht mit Berufung anfechtbar (arg. § 473). [Unrichtig bay. o. LG. SA. XXXIX Nr. 260.]

Dritter Abschnitt.

Verfahren.

Erster Titel.

Mündliche Verhandlung.

§ 119.

Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche.

Mot S. 11—22, 29 ff., 128. KPr. S. 42, 524.

1. Über die Entwickelung des schriftlichen Verfahrens im gemeinen Prozeß vgl. Wetzell § 67 S. 890 ff. Über „Mündlichkeit und Schriftlichkeit" s. v. Canstein rationelle Grundlagen des Civilprozesses S. 94 ff., Wach Vortr. S. 1 ff. und Handb. I S. 135 ff.,

Planck I § 40, Hellmann Lehrb. S. 199 ff.; ferner Sonnenschmidt Ztschr. f. d. CPr. II S. 208, Vierhaus eod. S. 375 ff., v. Krämel eod. III S. 452 ff., IV S. 246 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 814 ff., H. Meyer eod. XXVIII S. 707 ff., Bähr Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 339 ff. (gegen die von der CPrO. eingeführte Mündlichkeit), Wach die RCPrO. und die Praxis (Leipz. Progr. 1886), Lippmann Arch. f. c. Pr. LXX S. 82 ff., Henrici Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 1 ff. (diese drei contra Bähr); Bähr Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 329 ff. (Replik), Jäckel Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 635 ff. (contra Bähr); v. Krämel Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 441 ff. (im wesentl. für Bähr), Bähr eod. S. 523 ff.; v. Krämel eod. XXV S. 255 ff., Koffka Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 145 ff., H. Meyer eod. S. 834 ff., Wach civilproz. Enquete Ztschr. f. d. CPr. Erg, Heft zu Bd. XI.

2. Die Motive bemerken über den Grundsatz der Mündlichkeit:

„Der Grundsatz der Mündlichkeit bedarf seiner äußeren und inneren Bedeutung nach einer weiteren Entwickelung.

Mündlichkeit des Verfahrens ist ein zwar gängiger, aber inkorrekter Ausdruck. Man spricht richtiger von dem Grundsatze der Unmittelbarkeit der Verhandlung und versteht darunter, daß die Verhandlung der Parteien über dem Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte eine mündliche sein soll.

Aus dieser Formulierung ergiebt sich, daß der Grundsatz der Mündlichkeit ebensowenig wie der Grundsatz der Öffentlichkeit das ganze Prozeßverfahren beherrscht. Er hat seine Bedeutung für den freilich erheblichsten, aber doch beschränkten Teil des Verfahrens.

Nach der obigen Formulierung findet der Grundsatz keine Anwendung auf Zwischenstreitigkeiten, welche zwischen einer Partei oder auch beiden Parteien einerseits und einer dritten Person, dem Nebenintervenienten, einem Zeugen oder dem Rechtsanwalt der Gegenpartei andererseits entstehen. Soll der Grundsatz auch auf derartige Zwischenstreitigkeiten Anwendung finden, was sich ohne Zweifel empfiehlt, so wird der Gesetzgeber besonders vorzuschreiben haben, daß dieselben nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden seien. (Ist geschehen in §§ 68, 126.)

Die Beweisaufnahme als solche, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, ist ein Akt, welcher sich zwischen dem Richter und einer anderen Person vollzieht, keine Parteienverhandlung, wenngleich den Parteien eine Mitwirkung gestattet sein und eine Parteienverhandlung die Beweisaufnahme begleiten kann. Damit wird aber selbstverständlich nicht verneint, daß die Beweisaufnahme, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen vor den zur Entscheidung des Rechtsstreits berufenen Richtern, durch die gewichtigsten sachlichen Gründe geboten werde.

Es giebt Prozeßakte, welche von Partei zu Partei, mit oder ohne Mitwirkung von Zustellungsbeamten erfolgen oder auf Veranlassung der Parteien von den Gerichtsschreibern oder Zustellungsbeamten ausgehen. Selbstverständlich kann hier von dem Grundsatze der Mündlichkeit keine Rede sein. — Ein Gleiches gilt aber auch in den Fällen, wo Parteien eine Thätigkeit des Gerichts in Anspruch nehmen, welche, wie insbesondere in der Instanz der Zwangsvollstreckung, mehr ordnend, administrativ, nicht eigentlich prozessualisch ist.

Selbst in denjenigen Fällen ist für den Grundsatz der Mündlichkeit kein Raum, wo eine richterliche Entscheidung auf einseitigen Antrag einer Partei zu treffen ist oder doch getroffen werden kann. Dahin gehören beispielsweise Arrest und einstweilige Verfügungen, die Ablehnung eines Richters und die Bestimmung des rechten Richters. In derartigen Fällen wird der Gesetzgeber, um die richtige Anwendung der Gesetze zu sichern, auszusprechen haben, daß die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen könne, wodurch nicht ausgeschlossen wird, daß das Gericht nach Lage des einzelnen Falls entweder der Gegenpartei Gelegenheit giebt, sich zu Protokoll oder mittels eines Schriftsatzes zu erklären, oder erst entscheidet, nachdem eine mündliche Verhandlung ausnahmsweise angeordnet worden ist. Dagegen dürfte es sich nicht empfehlen, von einer Entscheidung in beratender Sitzung zu sprechen, weil dieser technische Ausdruck nicht gemeinverständlich ist, und, auf einen Einzelrichter angewandt, als gänzlich unpassend empfunden werden muß.

Demgemäß bleibt als durch den Grundsatz der Mündlichkeit beherrscht nur dasjenige Parteiverfahren übrig, welches als ein gleichzeitiges sich darstellt, mag dasselbe nun wirklich gleichzeitig sein oder nach der Intention des Gesetzgebers, gleichzeitig sein sollen

(Versäumnisverfahren). Diesen Gedanken kann man auch so ausdrücken: dasjenige Verfahren, welches als eigentliche Verhandlung zwischen den streitenden Parteien sich charakterisiert, beruht auf dem Grundsatze der Mündlichkeit."

Besondere, den Grundsatz der Mündlichkeit modifizierende Vorschriften gelten für das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen rc. (§§ 313 ff.), für das Verfahren vor dem Prozeßgericht im Zwischenstreit über die Rechtmäßigkeit einer vor dem beauftr. oder ers. Richter erklärten Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens (§ 354 cf. § 367) sowie für das Verf. vor dem Plenum oder den verein. Senaten des RG. nach GVG. § 137 Abs. 3 i. d. F. d. RG. v. 17. März 1886 (RGBl. S. 61). Wegen der Bedeutung der Berichterstattung der Parteien über das Ergebnis der nicht vor dem Prozeßgericht erfolgten Beweisaufnahme vgl. Bem. Nr. 4 zu § 258. Wegen der Bedeutung der Berichterstattung der Parteien über das Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens s. Bem. Nr. 1 zu § 318. Wegen der Bedeutung der Berichterstattung der Parteien in der Rechtsmittelinstanz über die vorinstanziellen Entscheidungen und Beweisverhandlungen s. Bem. Nr. 2 zu § 488.

3. Insoweit der Grundsatz der Mündlichkeit gilt, ist das gesprochene, nicht das nur geschriebene Wort das Mittel zur Erklärung von Partei zu Gericht. Nur das in der mündlichen Verhandlung von den Parteien dem Gericht vorgelegte Prozeßmaterial von Behauptungen, Antworten rc. wird in dem Urteile berücksichtigt. Dieser Prozeßstoff wird berücksichtigt, auch wenn derselbe in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten war. Dagegen wird der in den Schriftsätzen der Parteien vorgebrachte Prozeßstoff, soweit derselbe nicht auch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht ist, nicht in dem Urteile berücksichtigt. Aber das Gericht soll nichts destoweniger von dem Inhalt der Schriftstücke Kenntnis nehmen. Es soll seine, wenn auch nur durch die Schriftstücke erlangte amtliche Kenntnis vorhandenen Prozeßstoffs in der Verhandlung verwerten, um die Parteien zum mündlichen Vertrag zu veranlassen, damit der Streitstoff in dem Urteil berücksichtigt werden kann. Dafür daß dies geschehe, hat der Vorsitzende nötigenfalls auf Anregung der Beisitzer, zusorgen. Sollte der Mangel des mündlichen Vortrags erheblichen, aus den Prozeßakten zu entnehmenden Stoffes erst nach dem Schlusse der Verhandlung bei der Beratung wahrgenommen werden, so ist das Gericht zwar nicht befugt, jenen Stoff in dem Urteile zu berücksichtigen; aber das Gericht muß pflichtgemäß die Verhandlung wieder eröffnen und die Parteien zur Erklärung darüber veranlassen, wie sie es mit jenem Prozeßstoffe halten, ob sie denselben im Prozesse verwerten wollen oder nicht. Natürlich entfällt die Notwendigkeit, solche Erklärung der Parteien zu provozieren, wenn nach dem Inhalt der Verhandlung bereits ersichtlich ist, daß die Partei einen im Aktenmaterial vorkommenden, aber in der Verhandlung nicht reproduzierten Umstand nicht benutzen will. Steht aber ein solcher Wille, welcher auch durch schlüssige Handlungen erklärt werden kann, für die richterliche Überzeugung nicht fest, so handelt das Gericht pflichtwidrig, wenn es die Vervollständigung der mündlichen Verhandlung nicht veranlaßt. [Vgl. Planck I S. 183 ff.]

Speziell über die Notwendigkeit den Inhalt von Urkunden mündlich vorzutragen, damit dieser bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann, vgl. RG. Entsch. IV Nr. 104, VIII Nr. 87 und Nr. 88, bay. o. LG. SA. XLI Nr. 230, sowie Planck I S. 187.

4. Mit dem Grundsatze der Mündlichkeit in Verbindung stehen folgende Sätze:

a) Nach § 280 kann das Urteil nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urteil zu Grund liegenden Verhandlung (ohne Unterbrechung) beigewohnt haben. Denn nur sie haben Kenntnis des Streitstoffes durch mündlichen Vortrag erlangt. Wenn im Laufe der maßgebenden mündlichen Verhandlung (darüber s. u. litt. b) ein Wechsel im Richterpersonal eintritt, so hat die Verhandlung von neuem zu beginnen.

b) Erklärt ein zur Entscheidung berufener Richter, daß ein für die Beurteilung des

Rechtsstreits wesentlicher Teil der Verhandlung seiner Erinnerung entschwunden sei, so bleibt ebenfalls nichts übrig als neue mündliche Verhandlung (Mot. S. 21).

c) Wenn eine bestimmte mündliche Verhandlung eine Unterbrechung erleidet, weil sie wegen irgend eines Umstandes, insbesondere auch wegen hervortretenden Bedürfnisses der Aufnahme von Beweisen nicht durchgeführt, d. h. nicht mit Urteil (Zwischen- oder Endurteil) geschlossen werden kann, so erscheint die fortgesetzte Verhandlung sachlich in sofern als eine neue, als prinzipiell in derselben der ganze Streitstoff einschließlich der Beweisergebnisse vorgebracht werden muß. Diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urteilsfällung unmittelbar vorausgeht, stellt sich demgemäß prinzipiell als die maßgebende dar. [Vgl. Planck I S. 190 ff., RG. 14. Okt. 1882 SA. XXXVIII Nr. 174. AM. Wach Vortr. S. 6 ff.]. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß von den Parteien auf die früheren Vorträge Bezug genommen werden kann, wenn das Gericht in derselben Weise wie früher besetzt ist und sich dieser Vorträge erinnert; die Bezugnahme auf Vorgebrachtes ist eben Reproduktion [vgl. a. Schultzenstein Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 295 ff. Unrichtig H. Meyer eod. S. 707 ff.] Nicht im Widerspruch mit der maßgebenden Bedeutung der letzten Verhandlung steht, daß die Parteien durch in früherer Verhandlung (oder vor einem beauftr. oder ers. Richter) erklärten Geständnisse, Anerkenntnisse, Verzichte gebunden bleiben. Auch kann das Gericht die in früherer Verhandlung gemachte Wahrnehmung ebenso wie den nicht reproduzierten Inhalt von Schriftsätzen bei der Würdigung des Beweises (§ 259) in Betracht ziehen [vgl. Planck I S. 191 f.]. — Die Konsequenzen, welche sich aus der prinzipiellen Einheit mehrerer Verhandlungen für die Befugnis zum Vorbringen neuer Angriffs- und Verteidigungs- und Beweismittel sowie für das Versäumnisverfahren ergeben, sind bei §§ 251, 256 und bei § 297 erörtert.

5. Das Gesetz erklärt in folgenden Fällen, in welchen es sich nicht um Entscheidung „des Rechtsstreits" handelt, die mündliche Verhandlung für obligatorisch:

I. vor der Entscheidung über die Zulassung einer Nebenintervention (§ 68),

II. vor der Entscheidung über den Antrag auf Verurteilung des Anwalts zur Zurückgabe einer Urkunde (§ 126),

III. vor der Entscheidung über den Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes (§ 291),

IV. vor der Entscheidung über den Antrag auf Ergänzung des Urteils (§ 292),

V. vor der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Zeugnisverweigerung (§§ 352 bis 354),

VI. vor der Entscheidung über die Berechtigung eines Sachverständigen zur Verweigerung des Gutachtens (§ 367),

VII. vor der Entscheidung über den Antrag auf Urkundenherausgabe (§§ 390, 391),

VIII. vor der Entscheidung über die Anträge auf vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung (§§ 653, 654),

IX. vor Erlassung eines Urteils auf Vollstreckbarkeit des Urteils eines ausländischen Gerichts (§ 660),

X. vor der Entscheidung über den Widerspruch gegen einen Beschluß, durch welchen Arrest oder einstweilige Verfügung angeordnet wurde (§§ 804, 805). Vgl. a. § 807.

Auf die mündliche Verhandlung in allen diesen Fällen finden die Regeln der §§ 120 bis 151 und des GVG. §§ 177 ff. entsprechende Anwendung. Der aus dem Grundsatze der Mündlichkeit der Verhandlung sich ergebende Satz, daß allein das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte die Grundlage der Entscheidung bildet, gilt auch hier und erleidet nur eine Ausnahme in den Fällen ad V und VI, für welche die §§ 353, 354 besonderes bestimmen. Was die Behandlung der Terminsversäumnis anlangt, so ist vor allem das Verfahren nach

§§ 353, 354 in den Fällen ad V und VI als ein eigenartig geregeltes bei Seite zu stellen (vgl. darüber die Bemerkungen zu §§ 352—354). Keinen Zweifel erregt die Gruppe der Fälle ad IV, VIII, IX, X. In diesen Fällen handelt es sich um ein mit Urteil endigendes Verfahren unter den Parteien. Bleibt eine Partei aus, so finden die Regeln der §§ 295, 296 ff. entsprechende Anwendung. Das Versäumnisurteil unterliegt dem Einspruch. Auch die Behandlung des Falls ad VII ist zweifellos: soweit ein Termin lediglich zur Verhandlung über den Editionsstreit bestimmt ist, ist § 312 anwendbar; sonst finden die Regeln der §§ 295 ff. Anwendung. — Übrig sind die Fälle ad I, II, III. Ad I und II handelt es sich um Zwischenstreite mit dritten. In solchen giebt es kein Versäumnisurteil (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 312 u. Bem. Nr. 1 litt. c zu § 68). Das Verfahren ad III endigt mit Beschluß. Das Gesetz kennt keinen Versäumnisbeschluß. Da das Gesetz die Folgen der Terminsversäumnis nicht bestimmt, so ist nach Lage der Sache zu entscheiden. Näheres über den letzten Fall s. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 291.

6. In das Ermessen des Gerichts gestellt (fakultativ) ist die mündliche Verhandlung in folgenden Fällen:

I. vor der Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 37),
II. vor der Entscheidung über das Gesuch um Ablehnung von Gerichtspersonen (§§ 46, 49),
III. von der Verurteilung eines Rechtsanwalts ꝛc., Gerichtsschreibers, Gerichtsvollziehers in Kosten (§ 97),
IV. vor der Kostenfestsetzung (§ 99),
V. vor der Entscheidung über das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, vor Entziehung des Armenrechts und vor Feststellung der Verpflichtung zur Nachzahlung gestundeter Beträge (§ 117),
VI. vor der Entscheidung über den Antrag auf Anordnung der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten (§ 160),
VII. vor der Entscheidung über das Gesuch um Bewilligung der öffentlichen Ladung (§ 187),
VIII. vor der Entscheidung über das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist durch Gerichtsbeschluß (§§ 203, 204),
IX. vor der Entscheidung über den Antrag auf Verlegung eines Termins (§ 205 Abs. 2),
X. vor der Entscheidung über das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens (§ 225),
XI. vor der Berichtigung von Schreibfehlern, Rechnungsfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten des Urteils (§ 290),
XII. vor der Festsetzung der Einspruchsfrist in Fällen, in denen die Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen muß (§ 304 Abs. 2),
XIII. vor der Entscheidung über das Gesuch um Ablehnung von Sachverständigen (§ 371 Abs. 4),
XIV. vor der Entscheidung über das Gesuch um Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises (§ 451),
XV. vor der Entscheidung über die Beschwerde (§ 536), und demgemäß arg. § 216 Abs. 2 vor der Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Notfrist des § 540,
XVI. vor der Entscheidung über den Antrag, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde, in den Fällen der §§ 647 Abs. 2, 657,
XVII. vor der Entscheidung über Einwendungen des Schuldners gegen die Zulässigkeit der Vollstreckbarkeitsklausel (§ 668, 705),

XVIII. vor den Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts (§ 684),
XIX. vor der Entscheidung über Anträge auf Einstellung ꝛc. der Zwangsvollstreckung in den Fällen der §§ 688, 690, 696,
XX. vor der Entscheidung über den Antrag auf Hinterlegung des Erlöses nach § 710 Abs. 4,
XXI. vor den in Gemäßheit der §§ 773—775 zu erlassenden Entscheidungen (§ 776),
XXII. vor der Entscheidung über das Arrestgesuch (§ 801 Abs. 2),
XXIII. vor der Entscheidung über das Gesuch um Aufhebung eines vollzogenen Arrestes (§ 813 Abs. 3),
XXIV. vor der Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Verfügung (§§ 816 Abs. 2, 820 Abs. 3),
XXV. vor der Entscheidung über den Antrag auf Aufgebot (§ 824 Abs. 1).

Wird in diesen Fällen mündliche Verhandlung nicht angeordnet, so finden zweifellos die Bestimmungen des 1. Buchs 3. Abschn. 1. Titels keine Anwendung. Das Gericht kann die Beteiligten zu schriftlichen Äußerungen auffordern. Für diese besteht Anwaltszwang, soweit für die Anträge (Gesuche) solcher besteht, d. i. in den Fällen ad III, VI—IX, XI, XII, XV—XVII, XIX—XXI, immer vorausgesetzt, daß sich der Antrag (das Gesuch) auf einen Anwaltsprozeß bezieht. In den anderen Fällen kann die vom Gericht veranlaßte Erklärung durch einen vom Anwalt nicht beglaubigten Schriftsatz oder auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegeben werden (arg. § 536 Abs. 2). Dem Gebote des Gesetzes, daß der Gegner gehört werden solle (§§ 97, 203, 776), geschieht durch die Aufforderung zu schriftlicher Erklärung Genüge. Beweiserhebungen sind nicht ausgeschlossen [vgl. Ztschr. f. d. CPr. X S. 397 ff.]. Das Gericht entscheidet auf Grund der Akten. Der Beschluß ist den beiden Parteien und sonstigen Beteiligten von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 2). Ausnahmen s. Bem. Nr. 3 zu § 294.

Wie das Verfahren sich gestaltet, wenn die mündliche Verhandlung angeordnet wird, darüber fehlt es an jeder ausdrücklichen Bestimmung. Ganz eigenartig geregelt und deshalb zu Schlußfolgerungen ungeeignet ist das bei Anordnung mündlicher Verhandlung eintretende Verfahren auf Gesuche um Arrest oder einstweilige Verfügung. Daraus, daß das Gesetz für diese Fälle bestimmt hat, daß, wenn mündliche Verhandlung eintritt, nicht durch Beschluß sondern durch Urteil zu entscheiden ist, ist zu entnehmen, daß in diesem Fall eine ganz reguläre mündliche Verhandlung mit Versäumnisverfahren, Einspruch, Berufung, Revision eintreten soll. (Näheres über dieses Verfahren s. bei §§ 801, 802.) Von diesem Verfahren kann auf die übrigen Fälle, in denen die mündliche Verhandlung nicht mit Urteil sondern mit Beschluß endigt, nichts gefolgert werden. Daß auf die mündliche Verhandlung die Vorschriften der §§ 120—151 (also auch die Vorschrift des § 129 über die Folgen des unterbliebenen Widerspruchs gegnerischer Behauptungen) und des GVG. §§ 177 ff. entsprechende Anwendung finden, dürfte kaum zu bezweifeln sein. Gewiß ist, daß die auf eine mündliche Verhandlung ergehenden Beschlüsse verkündet, nicht zugestellt werden (§ 294 Abs. 1) und daß (abgesehen von dem bereits bei Seite gestellten Falle der §§ 801 und 816) die Regeln des Versäumnisverfahrens (§§ 295—312) keine Anwendung finden. Das Gesetz kennt keine Versäumnisbeschlüsse und im Zwischenstreite mit dritten keine Versäumniszwischenurteile. — Mit annähernder Sicherheit dürfte auch für die Parteien (nicht für die bei dem Verfahren nach §§ 97, 371 Abs. 4 beteiligten dritten) die Notwendigkeit der Vertretung durch Anwälte bei der vor den Landgerichten und vor den Gerichten höherer Instanz stattfindenden mündlichen Verhandlung auf Grund von § 74 zu behaupten sein, soweit für die Gesuche Anwaltszwang besteht [allgemeiner und daher kaum richtig RG. 26. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 115 S. 391]. Zweifelhaft ist die sonstige Struktur des Verfahrens. Die Kardinalfrage ist, ob das in der münd-

lichen Verhandlung Vorgebrachte die alleinige Grundlage für die Entscheidung bildet oder ob die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung nur zu dem schriftlichen Aktenmaterial hinzutreten und vereint mit diesem die Grundlage der Entscheidung bilden. Für die erstere Ansicht [O. Fischer Termin und Ladung S. 33 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 649 ff., sich anschließend A. Förster N. 3 d zu § 119 und Struckm. Koch 5. Aufl. § 119 Nr. 4] spricht, daß danach die auf Anordnung des Gerichts eintretende mündliche Verhandlung im Prinzip das Gleiche ist wie die obligatorische mündliche Verhandlung, wodurch man der immerhin mißlichen Annahme entgeht, das Gesetz habe mit dem einen Ausdruck „mündliche Verhandlung" verschiedene Bedeutungen verbunden. Gleichwohl dürfte die andere Ansicht [v. Bülow in Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 128, Wach Vortr. S. 119 ff., G. Hoffmann in Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 730 ff., Hellmann Lehrb. S. 662] den Vorzug verdienen. In den Stellen, in denen jetzt die Wendung „die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen" gebraucht ist, war im Hann. und im Nordd. Entw. (soweit die Stellen auf diese zurückführbar sind) gesagt: „die Entscheidung kann in beratender Sitzung erfolgen" oder „erfolgt in der ber. S." Im Entw. I findet sich die in das Gesetz übergegangene Wendung. Die Motive des Entw. I (S. 218) gedenken der Änderung mit den oben (S. 157 Z. 6 v. u.) citierten, in die Begründung des Entw. III übernommenen Worten¹: „Dagegen ꝛc. — empfunden werden muß." Von einer prinzipiell anderen Behandlung, wie sie darin läge, wenn das Gericht durch Anordnung mündlicher Verhandlung die Mündlichkeit im angegebenen Sinne anordnen könnte, ist nichts erwähnt. Die Mündlichkeit als allein relevante Erscheinungsform des Parteivorbringens paßt für einige der angeführten Fälle — z. B. §§ 97, 117 (soweit es sich um Entziehung des AR. und Verpflichtung zur Nachzahlung handelt), § 290 — absolut nicht, weil die Entscheidungen hier auch von Amtswegen, also unabhängig vom Parteivorbringen, erfolgen müssen. Endlich ist die Wendung „die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen" mehrmals auch in Bezug auf Verfügungen des Vorsitzenden gebraucht (§§ 666 Abs. 2, 669 Abs. 2). Daß aber der Vorsitzende durch Anordnung der Verhandlung das Prinzip der Mündlichkeit einführen könnte, ist noch unwahrscheinlicher, als daß dem Gerichte diese Befugnis zustände.

Aus der hier vertretenen Ansicht ergeben sich folgende Sätze:

a) Die mündliche Verhandlung hat nur informatorische Bedeutung. Das Gericht hat bei der Entscheidung sowohl das in den Akten liegende als das mündliche Parteivorbringen zu berücksichtigen. Es steht nichts im Wege, daß das Gericht nach mündlicher Verhandlung von den Parteien noch schriftliche Erklärungen einzuholen beschließt.

b) Erscheint in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine keiner der Beteiligten, so ruht das Verfahren nicht, sondern das Gericht erläßt, wenn es nicht die Vertagung beschließt, die Entscheidung auf Grund der Akten.

c) Erscheint nur einer der Beteiligten, so wird mit diesem verhandelt. Ist der Implorant ausgeblieben, so ist dessen Antrag nicht (wie die Klage nach § 295) schlechthin abzuweisen, sondern nach Lage der Akten zu entscheiden. Ist der Implorat ausgeblieben, so ist nicht das Präjudiz des § 296 anzuwenden, sondern wiederum nach Lage der Akten zu entscheiden. Daß das Gericht bei der Würdigung der Wahrheit von Thatsachen aus dem Nichterscheinen des Gegners Schlüsse ziehe, ist dadurch nicht ausgeschlossen.

d) Soweit für die mündliche Verhandlung Anwaltszwang besteht (s. o.), wird zwar die nicht durch einen Anwalt erschienene Partei nicht zur Verhandlung zugelassen, aber es erwächst ihr dadurch kein anderer Rechtsnachteil, wie wenn sie nicht erschienen wäre. [Daß die ohne Anwalt erschienene Partei in diesen Fällen zur Information des Gerichts vernommen werden könne, behauptet Hoffmann a. a. O. S. 741 ff.]

e) Dem Prinzip des schriftlichen Verfahrens entspricht, daß die Bestimmung des Verhandlungstermins und die Ladung der Beteiligten von Amtswegen geschieht. [So auch Hoffmannn a. a. O. S. 739 ff. Vgl. a. Krech Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 262 f., Eccius eod. XXIX S. 19 N. 22. Die beiden letzteren wollen Bestimmung des Termins ex officio und Zustellung des den Termin enthaltenden Beschlusses an beide Parteien ex officio — aber ohne Ladungsformale, woraus sich ergäbe, daß die Ladungsfristen nicht eingehalten werden müssen. Da die Ladungsfrist ihre Bedeutung vorzüglich für das Versäumnisverfahren hat, ein Versäumnisurteil aber hier nicht stattfindet, so ist die Meinungsdifferenz kaum von praktischer Bedeutung. Dagegen vertreten Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 629, 643, 647 ff. bes. S. 652, Meyer Zustellung S. 18, Struckm. Koch N. 4 zu § 119, Wilm. Levy N. 1 zu § 119, Hellmann Lehrb. S. 300 die Ansicht, daß das Gericht nur mündliche Verhandlung anzuordnen, die Ladung aber einschließlich des Gesuchs um Terminsbestimmung der Partei zu überlassen habe. Die Anhänger dieser Ansicht dürften genötigt sein, in den Fällen der §§ 97, 117 (soweit es sich um Entziehung des Armenrechts oder um Nachzahlung handelt) und 290 wieder Ausnahmen von ihrer Regel zu machen; denn in diesen Fällen kann das Verfahren unmöglich vom Parteibetrieb abhängig sein.] Keinesfalls kann eine Partei, ehe mündliche Verhandlung angeordnet ist, zur mündlichen Verhandlung laden (s. Bem. Nr. 2 Abs. 1 litt. e zu 193).

7. In das Ermessen des Vorsitzenden gestellt ist die mündliche Verhandlung in den Fällen der §§ 666 Abs. 2 und 669 Abs. 2. Die in Bem. Nr. 6 ad litt. a—e entwickelten Sätze finden darauf entsprechende Anwendung.

§ 120.

In Anwaltsprozessen wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet; die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge.

In anderen Prozessen können vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden.

Mot. S. 128, 129. KPr. S. 42, 524.

1. Litteratur: P. Alexander-Katz Schriftsätze und Anwaltszwang (1883).

2. „In Anwaltsprozessen" vgl. Bem. Nr. 1 u. 4 zu § 74. Die Vorschrift des § 120 Abs. 1 gilt auch für Zwischenstreite unter den Parteien und zwischen den Parteien und dritten, soweit für die Zwischenstreite mündliche Verhandlung obligatorisch ist und für die Zwischenstreite Anwaltszwang besteht. Indem in Anwaltsprozessen die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze geboten wird, sind die durch diese Schriftsätze erwachsenden Kosten (GO. f. RA. § 76) für notwendige Kosten erklärt; aber darüber, ob eine Mehrzahl von Schriftsätzen zur Vorbereitung notwendig war, hat wieder das richterliche Ermessen nach § 87 Abs. 1 bei der Kostenfestsetzung zu entscheiden. Daher kann das Gericht auch in Anwaltsprozessen die Kosten unnötiger Schriftsätze vom Betrage der dem Gegner zu erstattenden Kosten ausschließen.

3. Die Nichtbeachtung der instruktionellen Vorschrift des § 120 Abs. 1 hat für die Partei niemals sachliche Nachteile, insbesondere nicht Präklusion irgendwelchen Vorbringens, zur Folge. Doch kann nach Umständen, insbesondere wenn der Gegner in Folge der Nichtvorbereitung durch Schriftsätze außer Stand ist, sich auf das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte zu erklären, eine Vertagung oder die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhanblung nötig werden, in welchem Falle die Verurteilung der säumigen Partei in die Kosten der Vertagung erfolgen muß (§ 90) und die Erhebung einer besonderen

Gebühr (GKG. § 48) für die weitere Verhandlung beschlossen werden kann. Ein Recht auf Vertagung hat der Gegner nicht.

4. In dem Verfahren vor den Amtsgerichten können die nach § 120 Abs. 2 zulässigen Schriftsätze sowohl von den Parteien wie von ihren Vertretern selbst gefertigt oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben werden (§ 463). Wenn Schriftsätze im amtsgerichtlichen Verfahren zulässig sind, so ist damit noch nicht gesagt, daß die dafür erwachsenden Kosten (GKG. § 80, GO. f. RA. §§ 46, 76) zum Ersatze kommen müssen. Vielmehr ist im einzelnen Fall zu erwägen, ob dieselben zur entsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

§ 121.

Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:

1) die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung; die Bezeichnung des Gerichts und des Streitgegenstandes; die Zahl der Anlagen;
2) die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt;
3) die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse;
4) die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners;
5) die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel;
6) in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts, in anderen Prozessen die Unterschrift der Partei selbst oder desjenigen, welcher für dieselbe als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.

Mot. S. 129, 130. KPr. S. 42, 43, 524.

1. Die Vorschriften des § 121 gelten für alle vorbereitenden Schriftsätze. Neben den Vorschriften des § 121 bestehen für einzelne Schriftsätze besondere Vorschriften: in § 67 für die Nebenintervention, § 70 für die Streitverkündung, § 214 für das Wiedereinsetzungsgesuch, §§ 230, 457 für die Klage, § 305 für den Einspruch, §§ 479, 480 für die Berufungsschrift, §§ 515, 516 für die Revisionsschrift.

2. Die Vorschriften des § 121 sind instruktionell. Die Nichtbeachtung hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge. Vertagung wegen mangelnder Vorbereitung kann auch wegen ungenügenden Inhalts der vorbereitenden Schriftsätze erfolgen. Es gilt in diesem Falle, was in Bem. Nr. 3 zu § 120 über Vertagung gesagt ist.

3. Zu Nr. 1: „Bezeichnung des Streitgegenstandes." Nur allgemeine Bezeichnung z. B. „wegen Forderung", wegen Eigentums".

4. Zu Nr. 2: Vgl. §§ 230 Nr. 2, 240 Nr. 2, 269.

5. Zu Nr. 3: Welche thatsächlichen Verhältnisse im gegebenen Fall zur Begründung der Anträge gehören, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen. Über die Begründung

der Klage s. § 230 Bem. Nr. 3 Ziff. IV. Die vorbereitenden Schriftsätze sollen (instruktionell) die Geschichtserzählung enthalten.

Die Motive bemerken: „Die Schriftsätze sollen nur eine Skizze des mündlichen Vortrags enthalten. Die Bedeutung derselben, wie sie von dem Gesetzgeber gedacht ist, würde völlig verkannt werden, wenn in dieselben alles, was in thatsächlicher Beziehung vorgebracht werden kann, ohne Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Thatsachen aufgenommen und der Sachverhalt nicht in gedrängter Kürze, sondern in ausführlicher Breite dargestellt würde, oder wenn dieselben mit Rechtsausführungen belastet werden."

Natürlich kann in einem späteren Schriftsatz auf den Inhalt eines früheren oder auch auf das in einer Verhandlung Vorgebrachte Bezug genommen werden. (Mot. S. 129 f.)

6. Zu Nr. 4: Die Erklärungen über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners sind nicht nach Art des früheren schriftlichen Prozesses im engen Anschluß an die Geschichtserzählung des Gegners zu geben.

7. Zu Nr. 5: Die Bezeichnung der Beweis- und Gegenbeweismittel soll nicht allgemein nach der Art der Beweismittel (wie im französischen und bayerischen Prozesse), sondern speziell, also unter genauer Bezeichnung der Urkunden, namentlicher Benennung der Zeugen rc. geschehen.

8. Zu Nr. 6: In Anwaltsprozessen ist ein Schriftsatz, dem die Unterschrift des Anwalts fehlt, im Parteiprozeß ein Schriftsatz, dem die Unterschrift der Partei oder des Bevollmächtigten fehlt, nicht zu beachten (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 74). Beglaubigung der Unterschrift ist nicht nötig.

9. Die Anführung der Rechtsnormen, aus denen der Antrag begründet wird, ist in § 121 nicht erwähnt. Daraus folgt nicht, daß solche Anführungen innerhalb der Schriftsätze unstatthaft sind. Auch Ausführungen über Rechtsnormen sind mindestens dann am Platze, wenn es sich darum handelt, Urteile wegen Rechtsverletzung mittels Berufung oder Revision anzufechten (vgl. Nordd. Prot. S. 1584). Die oben in Bem. Nr. 5 citierte Äußerung der Motive steht umsoweniger entgegen, als nach dem Zusammenhang in jener Äußerung nur „Belastung" der Schriftsätze mit unnötigen Ausführungen perhorresziert wird.

§ 122.

Dem vorbereitenden Schriftsatze sind die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden, auf welche in dem Schriftsatze Bezug genommen wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen.

Kommen nur einzelne Teile einer Urkunde in Betracht, so genügt die Beifügung eines Auszugs, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluß, das Datum und die Unterschrift enthält.

Sind die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange, so genügt die genaue Bezeichnung derselben mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren.

Mot. S. 130. KPr. S. 43, 524.

1. Die §§ 122, 125, 126 stehen im Zusammenhang mit der Vorschrift über Antretung des Urkundenbeweises in § 385 (Mot. S. 130). Der Urkundenbeweis wird angetreten durch Vorlegung der Urkunde im Termin, soweit sich diese in den Händen der Partei befindet; durch die vorherige Mitteilung soll der Gegner in den Stand gesetzt werden, sich sogleich auf die Urkunde zu erklären.

2. Der bei den Akten der Partei bleibenden Urschrift des vorbereitenden Schriftsatzes

ist die Urschrift oder Abschrift der Urkunde beizufügen. Von diesem Schriftsatze nebst Anlagen erhält der Gegner (§ 156) und das Gericht (§ 124) nur Abschriften (KPr. S. 43).

3. Die Nichtbeachtung der Vorschrift des § 122 hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge. Nur kann, soweit die Vorbereitung durch Schriftsätze geboten ist (§ 126), auch hier nach Umständen Vertagung eintreten. Wenn die Vertagung wegen Nichtbeachtung der instruktionellen Vorschriften des § 122 erfolgt, so gilt das in Bem. Nr. 3 zu § 120 Gesagte.

§ 123.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher neue Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen enthält, ist mindestens eine Woche; wenn er einen Zwischenstreit betrifft, mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher eine Gegenerklärung auf neues Vorbringen enthält, ist mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen. Die Zustellung einer schriftlichen Gegenerklärung ist nicht erforderlich, wenn es sich um einen Zwischenstreit handelt.

Mot. S. 130, 131. KPr. S. 43, 524.

1. Die Motive bemerken: „Die in § 123 normierten Minimalfristen können nach § 204 abgekürzt werden und haben nur für diejenigen Schriftsätze Bedeutung, für deren Zustellung in dem Gesetz nicht besondere Fristen festgesetzt sind, was in betreff der wichtigeren vorbereitenden Schriftsätze geschehen ist (vgl. §§ 234, 244, 481, 484, 517, 519, 548)." Vgl. a. §§ 245, 459, 567 Abs. 2.

2. Wegen Berechnung der Zwischenfristen s. Bem. Nr. 3 Ziff. I vor § 191.

3. „Anderes neues Vorbringen" als neue Thatsachen bezieht sich vorzugsweise auf Beweismittel. Neue Rechtsausführungen sind nicht darunter zu begreifen.

4. Über den Begriff „Zwischenstreit" vgl. § 275. Die Vorschriften über Schriftsätze im Zwischenstreit gelten natürlich nur für den Zwischenstreit, welcher der Vorbereitung durch Schrifsätze bedarf. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 120.

5. Die Nichtbeachtung der Vorschriften des § 123 hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge. Das ergiebt sich aus § 120. Wenn das Unterbleiben des Schriftenwechsels Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht nach sich zieht, so kann auch die Nichteinhaltung der Fristen solche Nachteile nicht zur Folge haben. Wegen Nichteinhaltung der Fristen kann nach Umständen Vertagung eintreten. Von dieser Vertagung gilt das in Bem. Nr. 3 zu § 120 Gesagte.

§ 124.

Die Parteien haben eine für das Prozeßgericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze und der Anlagen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Diese Niederlegung erfolgt zugleich mit der Überreichung der Urschrift, wenn eine Terminsbestimmung oder wenn die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erwirkt werden soll, andernfalls sofort nach erfolgter Zustellung des Schriftsatzes.

Mot. S. 131. KPr. S. 43–47, 49, 50, 524, 515, 663.

1. Die Beglaubigung der bei Gericht niederzulegenden Abschriften ist nicht vorgeschrieben. Die Zustellungsurkunden sind **nicht** bei Gericht zu hinterlegen.

2. Die Hinterlegung der Schriftsätze bei Gericht ist sowohl für den Anwaltsprozeß, wie für den Parteiprozeß angeordnet, für letzteren natürlich nur, soweit überhaupt Schriftsätze vorkommen.

3. Die Nichtbeachtung der Vorschrift des § 124 hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge. Bei der Unbeschränktheit der Befugnis, von Amtswegen die Verhandlung zu vertagen bzw. weiteren Termin zur Fortsetzung d. V. zu bestimmen (§ 206), kann das Gericht auch aus dem Grunde, weil die Schriftsätze nicht oder nicht so zeitig hinterlegt wurden, daß die erforderliche Information (s. Bem. Nr. 4) möglich war, die Vertagung oder die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung d. V. beschließen. Auch ist nicht ausgeschlossen, daß die Partei, welche Vertagung &c. veranlaßt hat, nach § 90 in die Kosten verurteilt und die Erhebung der Strafgebühr nach GKG. § 48 angeordnet wird. Denn die cit. Bestimmungen enthalten nach dieser Richtung keine Schranke des richterlichen Ermessens. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 360, Lippmann Arch. f. c. Pr. LXX S. 89. AM. Wach Vortr. S. 16, A. Förster N. 3, Hellmann Lehrb. S. 294.]

4. Die Hinterlegung der Schriftsätze bei Gericht hat den Zweck, dem Vorsitzenden zur Information über den Prozeß zu dienen und demselben die Prozeßleitung zu erleichtern (vgl. KPr. S. 44). Natürlich ist nicht ausgeschlossen, daß auch die beisitzenden Richter die Akten einsehen. Ein Referat über die Schriftsätze ist in der Prozeßordnung nicht vorgesehen. Dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß vor der Beratung und Abstimmung ein Referat erstattet werde [so auch Struckm. Koch N. 1 zu § 124, Wilm. Levy N. 1 zu § 127, v. Sarwey I S. 214. Für die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der Referentenernennung: v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. III S. 45 ff. und IV S. 249 ff., A. Förster N. 2 zu § 124, Wach die RCPrO. und die Praxis (Leipz. 1886) S. 17 ff. und S. 26 ff., Francke Ztschr. f. d. CPr. IX S. 514 ff. AM. Lippmann Arch. f. c. Pr. LXX S. 107 ff.]

5. Die bei Gericht hinterlegten Schriftsätze sind als Prozeßakten zu sammeln.

§ 125.

Die Partei ist, wenn sie rechtzeitig aufgefordert wird, verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie in einem vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen hat, vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen.

Der Gegner hat zur Einsicht der Urkunden eine Frist von drei Tagen. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert oder abgekürzt werden.

Mot. S. 130. KPr. S. 49, 50, 525.

1. § 125 gilt für den Anwalts- wie für den Parteiprozeß. Die Vorschrift (vgl. Code de pr. art. 188) hängt mit § 122 zusammen und betrifft sowohl die Fälle, in welchen die Urkunde dem Schriftsatze in Abschrift beigefügt, wie jene, in welchen auf die Urkunde nur Bezug genommen ist. Auf der Gerichtsschreiberei sind die Urschriften zu hinterlegen. Auch auf die Vollmachtsurkunden, soweit dieselben nicht schon bei den Gerichtsakten sind, findet § 125 Anwendung.

2. Wann die Aufforderung zur Urkundenhinterlegung eine rechtzeitige sei, ist nach den Umständen zu bemessen. Die Aufforderung zur Niederlegung geschieht durch einen Schriftsatz, im Parteiprozesse kann sie auch nach § 463 geschehen; ebenso die Benachrichtigung von der Niederlegung.

3. Die Nichtbefolgung der Aufforderung hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge. Insbesondere wird die Benutzung der fraglichen Urkunde nicht ausgeschlossen. Kommt es zur mündlichen Verhandlung, ohne daß dem Verlangen der Niederlegung entsprochen ist, so kann nach Umständen Vertagung oder Bestimmung eines Termines zur Fortsetzung der Verhandlung auf Kosten des Säumigen beschlossen werden. Von dieser Vertagung ꝛc. gilt das § 120 Bem. Nr. 3 Gesagte.

4. Läßt derjenige, welcher die Hinterlegung verlangte, die ihm zur Einsicht gesetzte Frist unbenutzt verstreichen, so erwächst ihm daraus kein Nachteil zur Sache. Insbesondere ist er nicht gehindert, die spätere Vorlage der Urkunde zu fordern oder die Echtheit der Urkunde zu bestreiten. Nur kann er später nicht Vertagung aus dem Grunde verlangen, weil ihm die Einsicht der Urkunde nicht gewährt wurde. Auch kann er in die Kosten, welche durch sein Gesuch und durch die Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei entstanden sind, nach § 91 verurteilt werden.

§ 126.

Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mitteilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung zu bewirken.

Giebt ein Rechtsanwalt die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück, so ist er auf Antrag nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur unverzüglichen Zurückgabe zu verurteilen.

Gegen das Zwischenurteil findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 130. KPr. S. 50, 525.

1. Die Mitteilung von Urkunden von Anwalt zu Anwalt ist im Anwaltsprozeß und im Parteiprozeß zulässig, wenn beide Parteien durch Anwälte vertreten sind. Die Mitteilung kann durch die Post vermittelt werden. An den ständigen Zustellungsbevollmächtigten des Rechtsanwalts (RAO. § 19) kann die Mitteilung erfolgen.

2. Durch § 126 ist den Anwälten nicht die Pflicht auferlegt, Urkunden von Hand zu Hand mitzuteilen, sondern nur statt der Niederlegung bei Gericht die bequemere Form zur Verfügung gestellt. Liefert der Anwalt gegen den Willen der Partei die Urkunde dem Anwalte des Gegners aus und die Urkunde geht verloren, so kann er sich der Haftung nicht durch Berufung auf § 126 entziehen (vgl. KPr. S. 50).

3. Die „bestimmte Frist“ ist die in § 125 Abs. 2 vorgesehene.

4. Über Zwischenurteil s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 275. Es giebt kein Versäumnisurteil in diesem Verfahren. Das Zwischenurteil nach § 126 Abs. 2 ist Exekutionstitel (§ 702 Nr. 3) und berechtigt zur Exekution nach § 769 (nicht nach § 774). Im Zwischenurteil ist über die Kosten des Zwischenverfahrens nach §§ 87 ff. zu entscheiden. Der säumige Anwalt persönlich ist kostenpflichtig.

5. Wegen sofortiger Beschwerde s. § 540. Dieselbe hat nicht Suspensiveffekt.

§ 127.

Der Vorsitzende eröffnet und leitet die mündliche Verhandlung.

Er erteilt das Wort und kann es demjenigen, welcher seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen.

Er hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichenfalls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen.

Er schließt die Verhandlung, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist, und verkündet die Urteile und Beschlüsse des Gerichts.

Mot. S 131 KPr. S. 50, 525.

1. Litteratur: Ude Ztschr. f. d. CPr. V S. 303 ff., v. Krämel eod. VI S. 173, Kleinfeller die Funktionen des Vorsitzenden (München 1885), Wach I S. 327 f. Vgl. a. Württ. GBl. XXI S. 117 ff., 245 ff.

2. Die Befugnisse des Vorsitzenden stehen im Parteiprozesse dem Amtsrichter zu. Die Befugnisse zerfallen in solche, die aus der Verpflichtung zur Aufrechthaltung der Ordnung (Sitzungspolizei GVG. § 177 ff.), und solche, die aus der Verpflichtung zur Sachleitung (§ 127) entspringen. Man kann noch Befugnisse der formellen (§ 127 Abs. 1, 2, 4) und der materiellen (§§ 127 Abs. 3, 130) Sachleitung unterscheiden; praktische Bedeutung hat letztere Unterscheidung nicht. Dagegen ist die Unterscheidung zwischen den aus der Handhabung der Sitzungspolizei und den aus der Sachleitung entspringenden Befugnissen bedeutsam. Nur in Bezug auf die letzteren, nicht in Bezug auf die ersteren, besteht die in § 131 den bei der Verhandlung Beteiligten gewährte Provokationsbefugnis (vgl. Bem. 2 zu § 131). Den Beisitzern gegenüber ist der Vorsitzende auch in Bezug auf die Sachleitungsbefugnisse absolut unabhängig (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 131). Aber der Schluß der Verhandlung kann erst erfolgen, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist (Abs. 4).

3. a) Zu Abs. 1: Die Verhandlung wird eröffnet, nachdem der Termin mit dem Aufrufe der Sache begonnen hat (§ 197 Abs. 1).

b) Zu Abs. 2: Der Vorsitzende kann der Partei, dem gesetzlichen Vertreter, dem Bevollmächtigten und dem Beistande wegen Ungehorsams gegen seine auf Handhabung der Sitzungspolizei oder auf die Sachleitung bezüglichen Anordnungen das Wort entziehen. Auch dem Rechtsanwalte kann das Wort wegen Ungehorsams gegen die Anordnungen des Vorsitzenden entzogen werden. Die Entziehung des Wortes ist unabhängig von den nach GVG. §§ 178 bis 180 möglichen Strafen. — Welche Folgen die Entziehung des Wortes für die Partei hat, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Wird einer Partei das Wort entzogen, bevor sie verhandelt hat, so kann, wenn nicht vertagt wird (vgl. § 206), gegen sie Versäumnisurteil erlassen werden (§§ 197, 298, 295 ff.). Hat die Partei schon verhandelt, so treten die Folgen partieller Versäumung ein; es ist ebenso zu entscheiden, wie wenn die betreffende Partei in dem Zeitpunkte, da ihr das Wort entzogen wurde, freiwillig aufgehört hätte, zu sprechen. Wegen des Begriffs der Verhandlung s. Bem. Nr. 2 zu § 298. Wegen der Möglichkeit, einen Gerichtsbeschluß über die Gesetzmäßigkeit der Wortentziehung zu provozieren s. § 131 und die Bemerkungen.

c) Zu Abs. 3: Die erschöpfende Erörterung der Sache zu bewirken, dient das Fragerecht in § 130.

d) Zu Abs. 4: Der Schluß der Verhandlung wird vom Vorsitzenden verfügt. Der Schluß erfolgt erst, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß zur Schließung stets Gerichtsbeschluß gehört. Vielmehr ist die Zustimmung des Gerichts anzunehmen, wenn nicht seitens eines Gerichtsmitgliedes weitere Erörterung verlangt wird. Der Schluß der Verhandlung kann ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen — z. B. Beginn der Verkündung eines Urteils oder Beschlusses, Entfernung der Richter in das Beratungszimmer, Bestimmung eines Termins zur Urteilsverkündung — erklärt werden. Mit dem Schluß der letzten Verhandlung vor der Urteilsverkündung tritt generelle Präklusion alles nicht schon früher präkludierten Parteivorbringens für die Instanz ein (§§ 251, 256). Mit dem Schluß der Verhandlung treten die Folgen totaler

Versäumnis ein (§§ 197 Abs. 2, 209 Abs. 2, 295 ff.). In allen Fällen können die Wirkungen des Schlusses durch nachträgliche Wiedereröffnung des Verfahrens (§ 142) beseitigt werden. Wegen Verkündung der Entscheidungen s. §§ 281, 294.

4. Der Vorsitzende kann weder die Handhabung der Sitzungspolizei noch die Gesamtheit der ihm nach §§ 127, 130 zustehenden Sachleitungsbefugnisse einem Beisitzer übertragen (Prot. zu GVG. S. 501—509, 641—643), wohl aber einzelne Zeugenverhöre u. dgl.

§ 128.

Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen.

Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältnis in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.

Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig. Die Vorlesung von Schriftstücken findet nur insoweit statt, als es auf den wörtlichen Inhalt derselben ankommt.

In Anwaltsprozessen ist neben dem Anwalte auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten.

Mot. S. 131, 132. KPr. S. 50.

1. Antrag im Sinne des § 128 Abs. 1 ist die Erklärung der Partei darüber, wie sie vom Gericht erkannt haben will (petitum). Anträge und Begründung zusammen bilden die Verhandlung. Die Anträge sind Bestandteil der Verhandlung aber nicht, „die Verhandlung" (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298). Wegen Verlesung von Anträgen s. § 269 und Bem. Nr. 1 dazu. Sind von den Parteien widersprechende Anträge gestellt, so ist die Verhandlung „kontradiktorisch" im Sinne des GKG. §§ 18 Nr. 1, 19 und der GO. f. RA. §§ 13 Nr. 2, 16, 17.

2. Nachdem das Gericht durch die Anträge im allgemeinen von der Sachlage in Kenntnis gesetzt ist, folgen die Vorträge der Parteien in freier Rede. Das Ablesen der Schriftsätze ist nicht gestattet. Wegen Mangels der Fähigkeit zum entsprechenden mündlichen Vortrag kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen nach § 143 der weitere Vortrag untersagt werden.

3. Durch die Vorschrift des Abs. 3 ist nicht jegliche Bezugnahme auf ein Dokument, sondern nur die Bezugnahme s t a t t m ü n d l i c h e r V e r h a n d l u n g ausgeschlossen. Es ist dem richterlichen Ermessen überlassen, zu bestimmen, wie weit hierbei gegangen werden darf. (KPr. S. 59.) Wenn z. B. umfassende Rechnungen u. dgl. vorliegen, so kann wohl von deren Vorlesung Umgang genommen werden. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, v. Bülow S. 85, Endemann I S. 469, v. Sarwey I S. 220, Gaupp I S. 367, Wach Ztschr. f. d. CPr. XI Beil. S. 75 ff. Zu weit geht v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 253. Gegen die Zulässigkeit der Bezugnahme A. Förster N. 2 mit unzureichenden Gründen.]

4. Es ist nach § 127 Pflicht des Vorsitzenden, über die genaue Beobachtung des § 128 Abs. 2 und 3 zu wachen. Leistet eine Partei (bezw. ein Vertreter oder Bevollmächtigter) der desfallsigen Anordnung des Vorsitzenden keine Folge, so kann ihr das Wort entzogen werden (§ 127 Abs. 2).

5. Nach Abs. 4 m u ß (Ausnahme GVG. § 189) in Anwaltsprozessen der neben dem Anwalt erschienenen prozeßfähigen Partei auf Antrag das Wort erteilt werden. Daß sie ohne Antrag zum Reden aufgefordert werden k a n n, ergiebt sich aus §§ 130, 131. Partei im Sinne des § 128 Abs. 4 ist auch der gesetzliche Vertreter, nicht der Generalbevollmächtigte (KPr. S. 525).

— Wegen des Verhältnisses der Parteierklärungen zu den Erklärungen ihres Anwalts vgl. § 81. — Nur für den Anwaltsprozeß bedurfte es der Bestimmung des Abs. 4; daß im Parteiprozesse der Partei neben ihrem Bevollmächtigten das Wort gestattet werden muß, folgt aus § 75.

§ 129.

Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.

Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

Mot. S. 132, 133. KPr. S 50, 51, 525, 526.

1. Eine Pflicht zur Erklärung über die vom Gegner behaupteten Thatsachen besteht trotz dem Abs. 1 des § 129 nicht. Vielmehr haben die Parteien nur die Befugnis, durch Bestreiten der vom Gegner behaupteten Thatsachen dieselben beweisbedürftig zu machen. Diese Befugnis wird wie andere Parteibefugnisse präkludiert mit dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht. Die sog. poena confessi ist Präklusionswirkung. Näheres in Bem. Nr. 3. [So O. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 27 ff., dem das Verdienst zukommt, die Haltlosigkeit der Annahme einer Erklärungspflicht nachgewiesen zu haben. Im wesentlichen erklären sich für B.s Ansicht Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 354 f., Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 394 ff., Demelius confessio S. 34, 230 ff., Petersen Ztschr. f. d. CPr. III S. 221, 257 f. und 2. Aufl. d. Komm. S. 233, Eccius in Försters Pr. PrR. 5. Aufl. I § 50 N. 7, Schultze KonkR. S. 61, 146 ff. und Privatrecht und Prozeß S. 11 ff., Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 135 ff. 139 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 274, Fitting Ztschr. f. d. CPr. VI S. 30, L. Seuffert Arch. f. c. Pr. LXVII S. 329, Klein die schuldhafte Parteihandlung (Wien 1885) S. 42 ff., Wilm. Levy N. 1 zu § 129, Hellmann Lehrb. S. 291 ff., vgl. a. Heyßler in Ztschr. f. Pr. u. ö. R. V S. 600 u. Volgiano Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 85 ff. Dagegen: Wach Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VI S. 524 ff. (auch als Programm Leipz. 1879 „Präklusion und Kontumaz" erschienen), eod. VII S. 154 ff., Arch. f. c. Pr. LXIV S. 212 N. 6, R. Leonhard Inwieweit giebt es noch Fiktionen (1880) S. 29 ff., Birkmeyer das gegenseitige Verhältnis ꝛc. (s. bei § 39) S. 43 f. und Arch. f. c. Pr. LXVI S. 22 ff., Plosz Beitr. z. Theorie des Klagerechts (1880), v. Amsberg Arch. f. c. Pr. LXV S. 106, A. Förster N. 1 zu § 129, Planck I § 59 bei N. 7—13 S. 283 ff. Auch Degenkolb Einlassungszwang und Urteilsnorm (1877 also vor Bülows Abhandlung erschienen) für Erklärungspflicht. Struckmann Koch, die in 3. Aufl. sich gegen Bülow erklärten, vermeiden in der 4. u. 5. Aufl. N. 1 zu § 129 Stellung zu der Kontroverse zu nehmen, welche ihnen bloß theoretische Bedeutung zu haben scheint.]

2. Ordnungsmäßiges Bestreiten erfolgt: a) bei Thatsachen, welche eigene Handlungen der Partei (bezw. des gesetzlichen Vertreters) oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind, durch die ausdrückliche Erklärung, daß die Thatsachen unwahr seien. Solche ausdrückliche Bestreitung kann auch generell erfolgen; spezieller Widerspruch der einzelnen gegnerischen Positionen ist nicht erforderlich. Es ist kein ordnungsmäßiges Bestreiten, wenn die Partei mit Bezug auf Thatsachen der angeführten Art nur erklärt, von denselben nichts zu wissen

oder sich derselben nicht zu erinnern. Anders liegt die Sache, wenn die Partei sich über eine Thatsache der angeführten Art dahin erklärt, daß sie die Thatsache bestreite, weil sie von derselben nichts wisse oder weil sie sich derselben nicht erinnere. Eine solche Erklärung ist Widerspruch; die Motivierung ändert daran nichts (vgl. KPr. S. 51 und § 424 Abs. 2). b) bei Tatsachen, welche weder eigene Handlungen der Partei (des gesetzlichen Vertreters) noch Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind, sowohl durch ausdrückliches Bestreiten als auch durch die Erklärung, daß man die Thatsache nicht wisse. c) Bei beiden Arten von Thatsachen durch Erklärungen, aus denen die Absicht sie zu bestreiten, hervorgeht. Das Gesetz überläßt es nicht (wie das franz. Recht und die bayer. PrO. Art. 164 Abs. 3) vollständig dem richterlichen Ermessen, Thatsachen, über welche keine ausdrückliche Erklärung erfolgte je nach den Umständen als bestritten oder unbestritten anzunehmen, sondern setzt dem richterlichen Ermessen die engere Schranke, daß die nicht ausdrücklich bestrittenen Thatsachen als zugestanden gelten, d. i. nicht beweisbedürftig sind, wenn nicht das Gericht aus den übrigen Erklärungen der Partei positive Anhaltspunkte dafür entnimmt, daß die Partei sie bestreiten wollte. Das richterliche Fragerecht (§ 130) dient dazu, Zweifel über das Vorhandensein dieses Willens, nötigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung, zu lösen.

3. Das Bestreiten einer Thatsache ist möglich bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das bedingte oder unbedingte Urteil (Zwischenurteil, Teilurteil, Endurteil) erfolgt. Solange ein neuer Termin (auch nach Beweisbeschluß) oder die Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) die Möglichkeit einer Erklärung gewährt, können bisher nicht bestrittene Thatsachen noch immer bestritten werden. Ausgenommen sind die Thatsachen, bezüglich deren ein gerichtliches Geständnis (§ 261) vorliegt. Durch das gerichtliche Geständnis ist die Befugnis zum Bestreiten verloren. Widerruf ist nur nach § 263 möglich.

Außergerichtliches Geständnis hindert die Bestreitung einer Thatsache im Prozesse nicht. Eine andere Frage ist, ob die im Prozeß bestrittene, daher beweisbedürftige Thatsache durch außergerichtliches Geständnis bewiesen wird. — Auch die außergerichtliche Vereinbarung, in welcher ein Kontrahent dem andern verspricht, eine Thatsache im Prozeß nicht bestreiten zu wollen, der sog. Anerkennungsvertrag, hindert nicht die prozessualische Bestreitung der betreffenden Thatsachen. [Vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 65 ff. AM. Planck I S. 339. Dagegen L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XI S. 202 ff.]

4. Die Wirkung ordnungsmäßigen und rechtzeitigen Bestreitens ist, daß die betreffende Thatsache des Beweises bedürftig wird und der richterlichen Prüfung auf Wahrheit (Beweiswürdigung) anheimfällt. Bei der Beweiswürdigung kommen außergerichtliche Geständnisse und Anerkennungsverträge als Beweisgründe in Betracht und können dazu führen, daß die bestrittene Thatsache als erwiesen angenommen wird. Die Freiheit des richterlichen Ermessens (§ 259) ermöglicht auch, daß der Richter aus der Verhandlung, insbesondere aus früherem Nichtbestreiten oder aus dem Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze, Beweis für eine widersprochene Thatsache entnimmt.

5. Diejenigen Thatsachen, welche nicht oder nicht ordnungsmäßig (s. Bem. Nr. 2 und 3) bestritten werden, bedürfen keines Beweises. Das haben sie mit den gerichtlich zugestandenen Thatsachen gemein (s. § 261). Dieses gemeinsame Moment in der Wirkung des Geständnisses und des Nichtbestreitens führt dazu, in letzterem Fall von einem fingierten Geständnisse und von einer poena confessi zu sprechen. Das Nichtbestreiten enthält aber nicht, wie das Geständnis, den Verzicht auf die Befugnis zum Bestreiten; das sog. fingierte Geständnis steht daher nicht unter der Regel des § 263 (vgl. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 261).

In den Fällen, in welchen das gerichtliche Geständnis Thatsachen der richterlichen Beweiswürdigung nicht zu entziehen vermag, kann auch das sog. fingierte Geständnis —

richtiger: das Nichtbestrittensein — die Beweiswürdigung nicht ausschließen. Über diese Fälle s. Bem. Nr. 8 zu § 261 [vgl. a. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 402].

§ 130.

Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

Mot. S. 133, 134. KPr. S. 51—54, 526.

1. In den Entwürfen stand: „Der Vorsitzende kann durch Fragen darauf hinwirken" 2c. In der JK. d. RT. würde anstatt dessen gesetzt: „hat — darauf hinzuwirken", um zum Ausdruck zu bringen, daß die Fragestellung nicht bloß Befugnis, sondern Pflicht des Vorsitzenden sei.

2. Der Vorsitzende kann nicht bloß Fragen an die Partei stellen, sondern auch zu derselben sprechen [vgl. Wach Vortr. S. 54]. Die Befugnis dient dazu, die Partei zur Erläuterung unklarer Anträge sowie zur Begründung oder besserer Begründung von Anträgen, zu genaueren Angaben über thatsächliche Vorgänge sowie zur Bezeichnung der Beweismittel bezüglich der des Beweises bedürftigen Thatsachen, zur Erklärung oder deutlicheren Erklärung über thatsächliche Behauptungen und Beweismittel (insbesondere Eidesanträge) des Gegners zu veranlassen. Auch zu dem Zwecke, um chikanöse oder frivole Behauptungen, Bestreitungen, Anträge als solche zu entlarven, ist das Fragerecht verwendbar. Das Fragerecht verstößt nicht gegen die Verhandlungsmaxime; denn der Vorsitzende hat nicht das Recht, Thatsachen, Beweismittel 2c. zu supplieren. Vielmehr wird durch die Fragestellung nur die Anregung zu Behauptungen 2c. gegeben, welche vorzubringen oder nicht vorzubringen immer noch bei der Partei steht. Noch weniger kann die Rede davon sein, daß durch das Fragerecht Klagegründe, Einreden, Repliken 2c., welche die Partei vorzubringen unterläßt, eingeschoben werden könnten. Das Fragerecht kann nur dazu dienen, die Partei zur Vorbringung ihrer gesamten Rechtsbehelfe zu veranlassen. [Vgl. Wach Vortr. S. 54 ff.] Über § 130 hinaus geht die dem Richter nach § 464 im amtsgerichtlichen Verfahren gewährte Befugnis.

3. § 130 enthebt die Parteien nicht der Obliegenheit, die zur Begründung ihrer Anträge bzw. zur Bekämpfung der gegnerischen Anträge nötigen Behauptungen und überhaupt das zur Aufklärung der Sache nötige thatsächliche Material dem Gerichte vorzutragen. Deshalb kann keine Partei die Revision darauf stützen, daß das richterliche Fragerecht nicht oder nicht in gehörigem Umfange ausgeübt worden sei [vgl. Mot. S. 134, RG. 14. Juni 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 847, 28. Apr. 1882 SA. XXXVII Nr. 244, 1. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 113, 25. Sept. 1882 (spez. über Fragerecht bei nicht gehörig substanzierten Beweisanträgen) Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1072 u. SA. XXXVIII Nr. 265, 5. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 110 S. 371, 24. Febr. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1136; vgl. a. Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 317 ff.].

Aber aus § 130 ergiebt sich, daß auf Abweisung der Klage (oder Widerklage) angebrachter Maßen (absolutio ab instantia) wegen Mangels der genügenden Substanzierung nicht mehr erkannt werden darf. Der Richter hat auf Hebung der in der

Substanzierung sich ergebenden Mängel mittels Fragestellung hinzuwirken; wenn ihm diejenigen Aufschlüsse und Ergänzungen, welche er zur Begründung der Klage (Widerklage) für notwendig hält, nicht gegeben werden können oder nicht gegeben werden wollen, so stellt sich der nicht gehörig begründete Anspruch als ein besserer Begründung nicht fähiger dar und ist daher definitiv abzuweisen. [Vgl. Bl. f. RA. XXXVI S. 337 ff., XXXVII S. 44.] Diese Sätze gelten nicht bloß für das kontradiktorische, sondern auch für das Versäumnisverfahren gegen den Beklagten. In diesem Falle hat das Gericht nach § 296 Abs. 2 zu prüfen, ob die vom Kläger vorgebrachten Thatsachen den Antrag rechtfertigen und, soweit dies nicht der Fall ist, die Klage abzuweisen. Der Vorsitzende muß, wenn er Bedenken hat, ob die vorgetragenen Thatsachen den Antrag rechtfertigen, den Kläger darauf aufmerksam machen und zu besserer Begründung auffordern. Giebt der Kläger nicht bessere Begründung, so muß die definitive Abweisung erfolgen. [Der Ansicht, daß die Abweisung in angebrachter Art wegen Mangels der Substanzierung nach der CPrO. unzulässig ist, stimmen bei: Struckm. Koch N. 3, Wilm Levy N. 1, Petersen S. 236, Endemann I S. 474 (vgl. jedoch II S. 138 f.), v. Sarwey I S. 223, Hellmann Komm. I S. 426 u. Lehrb. S. 468, Gaupp I S. 373, Osterloh Ztschr. f. d. CPr. Bd. III S. 63, Struckmann eod. S. 224 ff., Ude eod. V S. 316, Eccius (Förster) Pr. PrR.I § 55 N. 19, Schollmeyer Kompensationseinrede S. 125, Rocholl Rechtsfälle I S. 22 ff. (dieser schüttet das Kind mit dem Bade aus, indem er die „Abweisung in angebrachter Art" überhaupt, nicht bloß die wegen Mangels der Substanzierung, für unzulässig erklärt); ferner RG. 24. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 107 S. 358, 5. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 110 S. 371, OLG. Karlsruhe SA. XXXVIII Nr. 268. (In dem U. 26. Mai 1880 Entsch. II Nr. 65 S. 243 hatte das RG. sich für die Zulässigkeit einer Abweisung angebrachter Maßen wegen Mangels genügender Substanzierung ausgesprochen; allein dieses Urteil betrifft eine nach dem preuß. Prozeßrecht verhandelte Sache und ist daher richtig; denn nach preuß. Prozeßrecht war Abweisung wegen Mangels der Substanzierung möglich.) — AM. sind: Wach Vortr. S. 55, v. Bülow Beitr. z. C. d. DR. XXII S. 708 und Komm. S. 184, Westerburg Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 186 ff., auch unter dem Titel „Beiträge z. L. v. Urteil" (Berl. 1880), Dernburg Pr. PrR. I § 126 N. 14, A. Förster Komm. N. 6 zu § 130, Planck I S. 265 ff.]

4. Ein Präjudiz für die Nichtbeantwortung einer gestellten Frage hat das Gesetz nicht aufgestellt, vielmehr dem Gerichte überlassen, nach freier Überzeugung zu entscheiden (§ 259), welche Folgerungen aus der Nichtbeantwortung zu ziehen sind. (Mot. S. 133.)

5. „Von Amtswegen zu berücksichtigende Punkte" s. Bem. Nr. 8 litt. c zu § 261 und Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 435 ff.

6. Durch § 130 Abs. 3 ist den Mitgliedern des Gerichts (zu denen der Gerichtsschreiber nicht gehört) ein von der Bewilligung des Vorsitzenden unabhängiges Recht zur direkten Fragestellung an die Parteien eingeräumt.

§ 131.

Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder eine von dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmitgliede gestellte Frage von einer bei der Verhandlung beteiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht.

Mot. S. 133, 134. KPr. S. 136—138, 526, 663, 664, ferner Prot. Nr. 168 S. 1, 2.

1. § 131 wurde in der JK. d. RT. eingefügt. Nach den ersten Beschlüssen der JK. d. RT. sollte auch darüber, ob eine Anordnung zweckmäßig sei, die gerichtliche Entscheidung

provoziert werden können. Dies wurde vom Bundesrat nicht angenommen, worauf die obige Fassung beschlossen, nach welcher die Entscheidung des Gerichts nur gefordert werden kann, wenn es sich um die Gesetzmäßigkeit, nicht, wenn es sich um die Zweckmäßigkeit einer Anordnung des Vorsitzenden handelt (KPr. S. 663, 664).

2. Die Vorschrift des § 131 bezieht sich nur auf die vom Vorsitzenden in der mündlichen Verhandlung getroffenen Anordnungen (§§ 127—130) und auf die von dem Vorsitzenden oder von einem Gerichtsmitglied an eine Partei oder einen Zeugen oder Sachverständigen gestellten Fragen. Wegen Unterlassungen des Vorsitzenden (z. B. Ablehnung von Fragestellung) giebt es keine Provokation an das Gericht. Bei Beanstandung von Fragen der Partei an Zeugen und Sachverständige findet § 262 Abs. 2 (§ 367) Anwendung. Die Vorschrift des § 131 bezieht sich nicht auf vom Vorsitzenden außerhalb der mündlichen Verhandlung getroffene Verfügungen (z. B. §§ 193, 234, 666, 669, 822). Auch die Handhabung der Sitzungspolizei (GVG. §§ 176 Abs. 2, 177, 181) steht ausschließlich dem Vorsitzenden zu.

3. Die Entscheidung des Gerichts kann von jeder als Partei, Nebenintervenient, gesetzlicher Vertreter, Bevollmächtigter, Beistand, Zeuge, Sachverständiger beteiligten Person, natürlich nur in der mündlichen Verhandlung, ohne besondere Form beantragt werden. Die Gerichtsbeisitzer und der Gerichtsschreiber haben nicht das Recht der Provokation. Dies ergiebt sich schon aus dem Wortlaute des Gesetzes. Die Gerichtsmitglieder und der Gerichtsschreiber sind nicht „bei der Verhandlung" beteiligt. Ferner aus der Entstehungsgeschichte: statt „von einer bei der Verhandlung beteiligten Person" hieß es in dem angenommenen Antrag Bähr „von den vor Gericht handelnden Personen". Die Redaktionskommission hat die jetzige Fassung als gleichbedeutend substituiert. [So auch Struckm. Koch 5. Aufl. N. 5, Wilm. Levy 4. Aufl. N. 1, Gaupp I § 131 Note II, Endemann I S. 476, Kleiner I S. 524, Freih. v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 582 ff., Kleinfeller die Funktionen des Vorsitz. S. 209. Die gegenteilige Ansicht von Petersen S. 238, v. Sarwey I S. 224, Planck I § 36 N. 27, ist nicht bloß aus den angeführten äußeren Gründen, sondern auch deswegen unhaltbar, weil dieselben zu einer ganz unerträglichen Auflehnung der Beisitzer gegen den Vorsitzenden die Handhabe böte. Daß der Minister Leonhardt in der 168. Sitzung d. JK. d. RT. mit einem Widerspruch der beisitzenden Richter exemplifizierte, beruht auf einem Versehen des Redners.]

4. Die Entscheidung ist Beschluß und erst mit dem Endurteil anfechtbar (§§ 473, 510).

§ 132.

Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen.

KPr. S. 52—54, 526, 527.

1. Der § 132 wurde in der JK. d. RT. eingeschaltet (KPr. S. 52—54). Von der Befugnis des § 132 wird das Gericht Gebrauch machen, wenn von dem persönlichen Erscheinen der Parteien und deren unmittelbarer Befragung eine Klärung verworrener thatsächlicher Verhältnisse zu erwarten ist, oder wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, daß das Vorbringen des Prozeßbevollmächtigten nicht dem Parteiwillen oder nicht der Wahrheit gemäß ist.

2. Unter „Parteien", deren Erscheinen nach § 132 angeordnet werden kann, sind nur prozeßfähige Parteien und gesetzliche Vertreter nicht prozeßfähiger Parteien zu verstehen (KPr. S. 54). Das Gericht kann sowohl eine wie auch beide Parteien zum persönlichen

Erscheinen vorladen. — Auch das persönliche Erscheinen eines Nebenintervenienten kann angeordnet werden.

3. Der Gerichtsbeschluß, welcher das persönliche Erscheinen einer Partei anordnet, kann erst nach mündlicher Verhandlung erlassen werden und ist zu verkünden (§ 294). Derselbe bedarf also nicht der Zustellung (§ 195). Auch eine Ladung der Partei durch den Gegner ist nicht erforderlich. Gegen den Beschluß giebt es kein Rechtsmittel.

4. Fälle, in denen das Prozeßgericht das persönliche Erscheinen vor einem beauftragten oder ersuchten Richter anordnen kann, s. §§ 268 und 579 Abs. 2. — Im vorbereitenden Verfahren in Rechnungssachen kann der beauftragte Richter das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen. Vgl. Bem. Nr. 6 zu § 315.

5. Im Versäumnisverfahren (§§ 295 ff.) ist § 132 unanwendbar [Wach Vortr. S. 56].

6. Auf Nichterscheinen einer Partei, deren persönliches Erscheinen gemäß § 132 angeordnet ist, steht kein Präjudiz. Das Gericht hat nach freiem Ermessen zu beurteilen, welche Bedeutung bei der Beweiswürdigung (§ 259) dem Nichterscheinen beizulegen ist. Maßregeln zur Erzwingung des Erscheinens sind (außer § 579) nicht zulässig.

7. Anordnung des persönlichen Erscheinens der Partei zum Sühneversuch: § 268. Besondere Vorschriften für Ehesachen: § 579.

§ 133.

Das Gericht kann anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege.

Das Gericht kann anordnen, daß die vorgelegten Schriftstücke während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben.

Das Gericht kann anordnen, daß von den in fremder Sprache abgefaßten Urkunden eine durch einen beeidigten Dolmetscher angefertigte Übersetzung beigebracht werde.

Mot. S. 134 KPr. S. 54, 527.

1. Die Vorlage einer Urkunde kann angeordnet werden, wenn die Partei, welche dieselbe in Händen hat, sich in einem Schriftsatze oder in mündlicher Verhandlung darauf bezogen hat. Weiter geht HGB. Art. 79 Abs. 1, sofern derselbe dem Gericht gestattet, die Vorlegung des Mäklertagebuchs anzuordnen, auch wenn keine Partei sich darauf bezogen hat. Art. 79 Abs. 1 ist durch die PrO. nicht berührt (EG. § 13 Abs. 1), aber Abs. 2 des Art. 79 ist aufgehoben (EG. § 13 Abs. 2 Nr. 2).

2. Die Vorlage von Stammbäumen, Plänen, Rissen und sonstigen Zeichnungen kann angeordnet werden, ohne daß die Partei solche in Händen und ohne daß sie auf solche sich bezogen hat. Das Gericht kann also anordnen, daß die Partei Stammbäume, Pläne, Risse und dgl. Zeichnungen anfertigen lasse.

3. Abs. 3 bezieht sich auch auf die ohne gerichtliche Anordnung produzierten Urkunden. Ob das Gericht die Übersetzung für nötig erachtet oder nicht, ist Sache freien Ermessens. [RG. 28. März 1883 Entsch. IX Nr. 123 S. 436.]

4. Eine Präjudiz ist auf Nichtbefolgung der gerichtlichen Anordnungen nicht gesetzt; es gelten die bei § 130 erörterten Grundsätze; der Richter hat bei Würdigung des Beweises nach freiem Ermessen zu entscheiden, welche Folgerungen aus der Nichtbefolgung der Anordnung zu ziehen sind.

5. Die § 133 vorgesehenen Anordnungen sind Beschlüsse und erst mit dem Endurteile anfechtbar (§§ 473, 510). Die Anordnungen können auf Antrag oder von Amtswegen getroffen werden.

§ 134.

Das Gericht kann anordnen, daß die Parteien die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen.

Mot. S. 134. KPr. S. 54, 527.

1. Nach § 134 kann die Vorlage der den Prozeß betreffenden Handakten der Anwälte oder der an die Partei behändigten Zustellungsurkunden und Abschriften zc. angeordnet werden. Ein Rechtsnachteil ist auf Nichtbefolgung der nach § 134 ergehenden Anordnung nicht gesetzt; es gelten die bei § 130 erörterten Grundsätze.

2. Die Einziehung von Gerichtsakten kann nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag (§ 397) erfolgen. Vgl. KPr. S. 54.

§ 135.

Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins, sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche eine auf Antrag angeordnete Einnahme des Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige zum Gegenstande haben.

Mot. S. 137. KPr. S. 54, 527.

1. Litteratur: Wach Kr.VJSchr. XIV S. 335 ff., Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 266 ff., Wach Vortr. S. 56 ff., 149 ff. (Exkurs), Wendt Arch. f. c. Pr. LXIII S. 264 ff., Kohler Kr.VJSchr. XXII S. 476 und Prozeß als Rechtsverhältnis S. 28 ff., Langenbeck Ztschr. f. d. CPr. IV S. 485 ff., Ude Ztschr. f. d. CPr. V S. 325 ff., Hellmann Lehrb. S. 304 f.

2. Die Einnahme des Augenscheins sowie die Begutachtung durch Sachverständige kann das Gericht von Amtswegen anordnen, um die Vorträge der Parteien zu verstehen oder um die Wahrheit oder Unwahrheit bestrittener Parteibehauptungen beurteilen zu können. Das Gericht kann selbst gegen den Willen der Parteien solche Anordnung treffen [so auch Heusler, Kohler, Ude a. a. O. AM. Wach a. a. O. (bezüglich des Augenscheins), v. Kries Ztschr. f. StrRW. VI S. 200]; es hat bezüglich des Beweises durch Augenschein und Sachverständige eine freiere Stellung als bezüglich anderer Beweiserhebung. Wenn mittels Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige bessere Information oder die Ermittelung der Wahrheit oder Unwahrheit von bestrittenen Thatsachen zu erwarten ist, hat das Gericht nicht bloß das Recht, sondern auch die Pflicht, den Augenschein oder die Begutachtung anzuordnen [vgl. Ude a. a. O. S. 329]; doch werden die Parteien durch § 135 ebensowenig der Beweispflicht ledig, als sie durch § 130 der Notwendigkeit überhoben werden, die zur Rechtsverfolgung bezw. -verteidigung nötigen Behauptungen vorzubringen (s. Bem. Nr. 3 zu § 130); es kann daher die Revision nicht darauf gestützt werden, daß das Gericht von § 135 nicht Gebrauch gemacht habe, wenn nicht ein Rechtsirrtum über die Tragweite des § 135 unterlaufen ist. [Langenbeck a. a. O. und Wilm. Levy N. 1 lassen die Anordnungen des § 135 nur zur „Information über die Parteianträge", „zur Gewinnung des Verständnisses für das Behauptete" zu. Die Entstehungsgeschichte des § 135 — vgl. Hann. Entw. § 140, 141, NE. 314. 315, Entw. I — spricht gegen die beschränkende Auslegung.] Thatsachen, welche die Parteien nicht vorgetragen haben,

darf der Richter nicht mittels des § 135 supplieren, wohl aber kann § 135 zur Ausübung des Fragerechts (§ 130) führen.

3. Die in § 135 vorgesehenen Anordnungen können erst nach mündlicher Verhandlung erfolgen; denn vorher kann das Gericht gar nicht wissen, ob und worüber es zum Streite kommt. Die Anordnungen sind Beschlüsse und nicht selbständig anfechtbar. Das Verfahren bei Einnahme des Augenscheins richtet sich nach §§ 336, 337, bei Anordnung der Begutachtung durch Sachverständige nach § 367 ff.

§ 136.

Das Gericht kann anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.

Mot. S. 29 ff., 134, 135. KPr. S. 54 f., 134 f., 527.

1. Litteratur zu §§ 136, 137: Schepers Beitr. z. E. des DR. XXIV S. 749 ff., 859 ff., Wex Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 248 ff.; vgl. ferner die Citate unten in Bem. Nr. 5 litt. c.

2. Es ist zu unterscheiden zwischen der Anordnung, daß mehrere Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden (§ 136) und der Anordnung, daß die Verhandlung zunächst auf einen bestimmten Prozeßstoff zu beschränken sei (§ 137). Durch die erste Anordnung wird der eine Prozeß in mehrere selbständige Prozesse zerspalten, welche, abgesehen von einer Wiedervereinigung (§ 141), zu mehreren Endurteilen führen. Bei der anderen Anordnung bleibt die Einheit des Prozesses gewahrt. Es entstehen innerhalb desselben Prozesses mehrere Verhandlungen über Teile des Prozeßstoffs, welche, von der Möglichkeit späterer Teilurteile abgesehen, nach Umständen zu Zwischenurteilen (§ 275) stets aber zu einem Endurteile führen.

3. Daß mehrere Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden, kann angeordnet werden:

a) Wenn mehrere Ansprüche in einer Klage erhoben wurden. Der Begriff Anspruch ist zunächst aus dem materiellen Rechte zu bestimmen. Er bedeutet das subjektive Recht, welchem eine aus dem materiellen Recht resultierende Pflicht entspricht. Ob es Ansprüche gegen alle Rechtsgenossen oder nur Ansprüche gegen bestimmte Personen gebe, kann unerörtert bleiben; denn hier können nur Ansprüche gegen bestimmte Personen in Frage kommen. Der Anspruch kann aus einem binglichen, obligatorischen oder Familienrechtsverhältnisse entspringen. Über den Begriff Anspruch vgl. Windscheid Pand. I § 43, Thon Rechtsnorm und subjektives Recht S. 224 ff., 257 ff., Bierling juristische Grundbegriffe II S. 39 ff.] Der Ausdruck „Anspruch" kann aber in § 136 nicht nur das subjektive Privatrecht in seiner Richtung gegen eine bestimmte Person bedeuten; er muß vielmehr auch das Klagerecht bezeichnen, bei welchem ein Recht auf Leistung gegen den Beklagten nicht geltend gemacht wird. Dahin gehören z. B. die Feststellungsklagen, die Klagen auf Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe, die Ehescheidungsklage, die Klage auf Aufhebung einer Entmündigung ꝛc.

Es muß eine Mehrheit von Ansprüchen erhoben sein, damit die getrennte Verhandlung angeordnet werden kann. Eine Mehrheit von Ansprüchen liegt in allen Fällen der Streitgenossenschaft vor, auch wenn die Streitgenossen in einem solidarischen oder Korrealverhältnis stehen und man in diesen Fällen Einheit der Obligation anzunehmen beliebt [so auch Puchelt I S. 398, Struckm. Koch § 136 N. 1, Wilm. Levy § 136 N. 1, Endemann I

S. 485, Gaupp I S. 384]; desgleichen in allen Fällen der objektiven Klagenhäufung (§ 232). — Die mehreren Ansprüche müssen wechselweise in dem Grade selbständig sein, daß über jeden einzelnen Anspruch in einem besonderen Prozesse entschieden werden kann, ohne daß über den anderen mitentschieden werden muß. Daher wäre es unzulässig, den Prozeß über die Kapitalforderung von dem Prozesse über die Zinsforderung oder den Streit über ein präjudizielles Rechtsverhältnis von dem Streite über das präjudizierte Rechtsverhältnis zu trennen, obgleich eine Mehrheit von Ansprüchen vorhanden ist. [AM. Schollmeyer der Zwischenstreit S. 31 ff.] Auch in den Fällen der Streitgenossenschaft nach § 59 ist die Trennung wegen Mangels der Selbständigkeit der mehreren Ansprüche unzulässig. Das Erfordernis der Selbständigkeit der mehreren Ansprüche ist zwar im Texte des Gesetzes nicht ausgesprochen, ergiebt sich aber daraus, daß die Zerlegung in mehrere getrennte Prozeduren bei nicht selbständigen Ansprüchen nicht zu einer Vereinfachung sondern zu einer Komplikation der Verhandlungen führen würde.

Nach dem Gesetzestexte müßten die mehreren Ansprüche in einer Klage erhoben sein. Es ist aber zulässig, den § 136 auch dann anzuwenden, wenn zwar nicht schon in der Klage, wohl aber im Laufe des Prozesses mehrere trennbare Ansprüche erhoben sind.

b) Wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht im rechtlichen Zusammenhang steht. Die Ausdrücke Gegenforderung — Forderung sind im Sinne von Gegenanspruch — Anspruch zu verstehen, also nicht nur vom Anspruche aus obligatorischen Rechtsverhältnissen. Abgesehen davon, daß für Beschränkung des Trennungsrechts auf Ansprüche aus Obligationenrechten kein Grund zu finden wäre — können doch auch dingliche Ansprüche zur Kompensation verwandt werden (l. 14 pr. C. 4, 31) — so wird vielfach in der modernen Rechtssprache der Ausdruck Forderung, für jede Art von Anspruch gebraucht (vgl. CPrO. § 4, 240 Nr. 2, 279 Abs. 1, EG. § 14 Nr. 5), gleichwie der Ausdruck „Gläubiger" in der CPrO. für denjenigen, der aus einem Urteil etwas zu beanspruchen hat, ohne Rücksicht auf die Natur des Anspruchs verwendet wird. [So auch A. Förster Nr. 3, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 159 N. 206. AM. Struckm. Koch § 136 N. 3, Wilm. Levy § 136 N. 2, v. Sarwey I S. 230 f., Hellmann I S. 437, Petersen S. 344 f., Gaupp I S. 384, Schepers a. a. O. S. 755.]

Der Beklagte kann einen Gegenanspruch vorbringen durch Widerklage oder durch Einrede.

Der durch Widerklage geltend gemachte Anspruch kann zur getrennten Verhandlung verwiesen werden, wenn derselbe zwar mit einer Einrede, aber nicht mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch im rechtlichen Zusammenhang steht. Über den Begriff des rechtlichen Zusammenhangs s. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 33. Die Widerklage, die weder mit der Klage noch mit einer Einrede Zusammenhang hat, ist auf Antrag des Gegners wie angebracht abzuweisen; sie kann aber, wenn der Beklagte sich auf dieselbe einläßt, immer noch gemäß § 136 zur getrennten Verhandlung verwiesen werden (Bem. Nr. 3 litt. e g. E. zu § 33). Daß getrennte Verhandlung von Widerklagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines für den Klaganspruch präjudiziellen Rechtsverhältnisses nicht angeordnet werden kann, folgt einmal daraus, daß solche Widerklagen mit dem Klaganspruch rechtlich zusammenhängen (Bem. Nr. 3 litt. e zu § 33), sodann auch daraus, daß die erforderliche Selbständigkeit der Ansprüche (s. o. litt. a) nicht vorhanden ist.

Durch Einrede wird die Gegenforderung vorgebracht, mit welcher kompensiert werden will. Die materiellrechtliche Frage nach der Zulässigkeit der Kompensation ist durch die PrO. in keiner Weise berührt. Bestimmungen des Civilrechts, welche die Kompensation z. B. gegenüber der Forderung aus einer Hinterlegung (l. 11 pr. C. dep. 4, 34; l. 14 § 1 i. f. C. de compens. 4, 31; § 30 i. f. I. de act. 4, 6), gegenüber der Forderung aus widerrecht-

licher Aneignung fremden Besitzes (l. 14 § 2 C. de compens. 4, 31), gegenüber gewissen Forderungen des Fiskus und der Stadtgemeinden (l. 46 § 5 D. de I. F. 49, 14; l. 3, 7 C. de compens. 4, 31; l. 20 D. de compens. 16, 2) für unstatthaft erklären, bestehen daher fort. Aus dem gleichen Grunde ist C. c. 1291 durch § 136 nicht beseitigt. [RG. 11. Mai 1886 Entsch. XVI Nr. 93 S. 372.] Dagegen ist l. 14 § 1 C. de compens. 4, 31, soweit dieses Gesetz die prozessualische Verweisung der Kompensationsforderung ad separatum betrifft, durch § 136 Abs. 2 außer Kraft gesetzt; denn die l. cit. bestimmt nicht, daß die Liquidität der Gegenforderung materiellrechtliche Kompensationsbedingung sein solle [vgl. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 97 N. 3, RG. 13. Nov. 1885 Entsch. XV Nr. 99 S. 376.] An der Stelle der in l. 14 § 1 cit. der dem Richter gegebenen Anweisung, die Kompensation aus einem Prozesse zurückzuweisen, wenn die Feststellung der Gegenforderung voraussichtlich eine Zeitdauer in Anspruch nimmt, welche in keinem Verhältnis steht zu der für die Feststellung der Forderung erforderlichen Zeit, ist die dem richterlichen Ermessen ganz allgemein eingeräumte Trennungsbefugnis bei nicht konnexer Gegenforderung getreten. Das neue Recht bleibt insoferne hinter dem früheren zurück, als die dem Gericht durch l. 14 § 1 cit. auch für illiquide konnexe Gegenforderungen eingeräumte (übrigens bestrittene s. Windscheid II § 350 N. 14, 15) Separationsbefugnis nicht mehr besteht. Aufgehoben ist Pr.ALR. I 16 §§ 359—362 [Dernburg Pr. PrR. II § 206, Eccius (Förster) Pr. PrR. I § 94, RG. 1. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 62 S. 254 ff.].

Auf Gegenansprüche, die zur Begründung einer Retentionseinrede (z. B. HGB. Art. 313 ff.) vorgebracht werden, bezieht sich auf § 136 nicht. Die begründete Retentionseinrede führt zur bedingten Verurteilung des Beklagten; Bedingung ist Befriedigung der durch das Retentionsrecht gesicherten Ansprüche des Beklagten. Schon dieses Verhältnis von Klaganspruch und Retentionsrecht steht der Trennung entgegen. Außerdem steht der durch Retentionsrecht gesicherte Anspruch regelmäßig im rechtlichen Zusammenhang mit dem Klaganspruch. [So auch Struckm. Koch 5. Aufl. N. 3, Gaupp I S. 384. AM. Petersen S. 244 f., Langfeld Retentionsrecht S. 118 N. 10.]

4. Die Trennung kann in jedem Stadium des Prozesses — natürlich nicht vor mündlicher Verhandlung — durch Beschluß angeordnet werden. Der Beschluß ist zu verkünden (§ 294 Abs. 1); derselbe ist nicht selbständig anfechtbar, unterliegt aber der Prüfung des höheren Gerichts (§§ 473, 510). [Vgl. RG. 28. Juni 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1067.]

5. Wirkung der Trennung a) mehrerer Ansprüche. Die Rechtshängigkeit dauert bezüglich aller Ansprüche fort. Die Zuständigkeit, welche für die mehreren Ansprüche begründet war, wird durch die Trennung nicht berührt. Dies gilt sowohl von der sachlichen Zuständigkeit (vgl. § 5 Bem. Nr. 4) wie von dem Gerichtsstand (vgl. § 36 Nr. 3). Abgesehen von einer Wiedervereinigung (§ 141) berühren sich gesonderte Prozesse nicht mehr. Die Revisionssumme ist für jeden Prozeß gesondert zu berechnen [vgl. RG. 11. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 130 S. 417]. b) Des Klaganspruchs und des Widerklaganspruchs. Die Rechtshängigkeit dauert bezüglich beiden Ansprüche fort. Die Zuständigkeit und der Gerichtsstand für die Widerklage wird durch die Trennung nicht berührt. Abgesehen von einer Wiedervereinigung (§ 141) berühren sich die Prozesse nicht mehr. Die Revisionssumme ist für jeden Prozeß gesondert zu berechnen. c) Des Klaganspruchs und des nur einredeweise geltend gemachten Gegenanspruchs. Der Klaganspruch bleibt rechtsanhängig. Der zum Zwecke des Kompensationseinrede vorgebrachte Gegenanspruch ist nicht rechtshängig geworden und kann daher nicht rechtshängig bleiben. Es ist dem Beklagten überlassen, den zur getrennten Verhandlung verwiesenen Gegenanspruch durch eine besondere, nach allgemeinen

Regeln zu erhebende Klage anhängig zu machen. Für diese Klage gelten die allgemeinen Zuständigkeitsregeln. Die Klage führt zu einem Urteil über den Anspruch des nunmehrigen Klägers gegen den Beklagten (der Kläger des andern Prozesses), eventuell zu einer Verurteilung des letzteren, nicht zu einem nachträglichen Ausspruch über die Kompensationsbefugnis. Dadurch kann die Kompensationsbefugnis offenbar beeinträchtigt werden! In dem anhängig gebliebenen Prozeß kann der Kläger ein Urteil erwirken und vollstrecken lassen, ehe es dem Beklagten gelingt, eine Verurteilung des Gegners wegen der Gegenforderung zu erlangen. zum Schutze gefährdeter Interessen steht dem Beklagten der Arrest offen (Mot. S. 135, vgl. a. Bem. Nr. 6 zu § 730); aber es ist nicht zu verkennen, daß dieses Auskunftsmittel problematischer ist als die Kompensation. Zur nachträglichen Kompensation kann es nur kommen, wenn entweder die beiden Prozesse (wobei also Klagestellung bezüglich der Gegenforderung vorausgesetzt wird) wieder verbunden werden, oder wenn auf Grund bereits erlangten rechtskräftigen Urteils über die Gegenforderung der Einwand der Kompensation in dem Prozesse über die Forderung vor dem Schlusse der Verhandlung wiederholt bzw. im Vollstreckungsverfahren gemäß § 686 erhoben wird. [Wie vorstehend wird die Rechtshängigkeit der mittels Kompensationseinrede vorgebrachten Gegenforderung verneint und im Falle der Trennung die Notwendigkeit neuer Klagestellung bezüglich der Gegenforderung angenommen von Petersen Komm. S. 245, Ztschr. f. d. CPr. I S. 93 ff., IV S. 293 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1 ff. und XXXI S. 535 ff. (die letzteren Abhandlungen sind Erwiderungen contra Schollmeyer, Osann, Wex), Eccius Beitr. z. Erl. d. DR. XXIII S. 742 und Eccius (Förster) Pr. PrR. I § 51, § 94 N. 66, Dernburg Pr. PrR. I § 127, Fitting Lehrb. § 43 S. 144 f., v. Bülow S. 85, 155, 185, 197, Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 269, Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 358 ff., 455 ff. u. LXX S. 303 ff., Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 48, Schollmeyer Zwischenstreit (1880) S. 20 ff., Weismann Hauptintervention S. 118 u. S. 165, A. Förster § 136 N. 5 litt. c., RG. 16. März 1882 Entsch. VI S. 420, 11. März 1886 XVI Nr. 93 S. 375, 20. Mai 1887 XVIII Nr. 95 S. 408. Dagegen nehmen Struckm. Koch § 136 N. 5 und § 235 N. 3, Wilm. Levy N. 2 zu § 136, Puchelt I S. 389, v. Sarwey I S. 130, Hellmann Komm. I S. 438, II S. 27, 123 u. Lehrb. S. 457, Endemann II S. 23, Kleiner I S. 533 ff., II S. 32, 150, Gaupp I S. 386 ff., II S. 23 ff., 175 ff., Wach Vortr. S. 104 f., Ude Ztschr. f. d. CPr. V S. 330 f., Schollmeyer die Kompensationseinrede im deutschen Reichscivilprozeß (1884) (darüber kritischer Bericht von L. Seuffert Kr.VJSchr N. F. VIII S. 472 ff.) und Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 222 ff. (Erwiderung contra Petersen), Osann Beitr. z. Behandl. der Komp. Einrede (Gießen 1885), Wex Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 248 ff., Planck I § 54 N. 21, 22, OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 317 an, daß die Gegenforderung durch das Vorbringen der Kompensationseinrede rechtshängig werde, und folgern daraus, daß der von dem Prozeß über die Forderung getrennte Prozeß ohne neue Klagerhebung zu verhandeln und zu entscheiden sei. Darüber, worüber in diesem losgetrennten Prozeß zu verhandeln und zu entscheiden sei, gehen die Meinungen der Anhänger der Rechtshängigkeit auseinander. Mit Ausnahme von Schollmeyer und Osann betrachten sie als Gegenstand des losgetrennten Prozesses die Kompensationseinrede und gelangen zu einer Art von Nachprozeß über die vorbehaltene Verteidigung mit unveränderter Parteistellung, ähnlich dem Nachprozesse des Urkundenprozesses, eventuell zur Aufhebung des Urteils über die Forderung, nachträglicher Abweisung des Klägers oder auch Verurteilung desselben zur Rückerstattung des etwa schon Empfangenen. Nach Schollmeyer ist die Gegenforderung selbst Gegenstand des losgetrennten Prozesses; der ursprüngliche Beklagte wird Kläger; ihm steht frei, die Verurteilung des Klägers zur Bezahlung der Gegenforderung oder nach Rechtskraft des ihn auf die Klage verurteilenden Erkenntnisses auch den

Antrag zu stellen, daß die Klagforderung des ersten Prozesses als durch Kompensation getilgt erklärt werde. Der Grundgedanke Schollmeyers, die Kompensationseinrede sei unentwickelte Widerklage, ist m. E. unhaltbar.]

Wird die Kompensationseinrede zulässiger Weise auf eine Gegenforderung nicht gegen den Kläger, sondern gegen einen dritten gestützt — z. B. der vom Cessionar verklagte debitor cessus stützt seine Kompensasionseinrede auf eine vor der Cession entstandene Forderung gegen den Cedenten — oder wird zulässiger Weise die Forderung eines dritten compensando geltend gemacht — z. B. der Bürge macht die Gegenforderung des Hauptschuldners geltend — so würde die Trennung der Verhandlung über Forderung und Gegenforderung dazu führen, daß der Kompensationsberechtigte die Gegenforderung gegen den Kläger überhaupt nicht geltend machen könnte. Darin läge ein so starker Eingriff in das materielle Kompensationsrecht, daß es fraglich erscheint, ob in diesem Falle die Trennung zulässig ist. Erwägt man, daß das Gesetz wie im Abs. 1 des § 136 so auch im Abs. 2 die Möglichkeit gesonderter Rechtsverfolgung und Entscheidung bezüglich der in getrennte Prozesse verwiesenen Ansprüche voraussetzt, und daß diese Möglichkeit fehlt, wenn der Kompensationsberechtigte gegen den Kläger überhaupt nicht klagen kann, so wird man die Trennung in diesem Falle für unzulässig halten müssen. Jedenfalls wäre sie aus den angegebenen Gründen nicht angezeigt.

Ist ein Anspruch zugleich zur Begründung einer Kompensationseinrede und mittels Widerklage geltend gemacht, so gelten die unter litt. b entwickelten Sätze.

6. Im Urkundenprozeß ist § 136 Abs. 2 nicht anwendbar; denn Widerklage ist ausgeschlossen; illiquide Gegenforderungen halten die Verurteilung im Urkundenprozeß nicht nicht auf; liquide Gegenforderungen aber ad separatum zu verweisen, liegt nicht im Sinne des § 136 [vgl. Stein Urkundenprozeß S. 169 f.].

§ 137.

Das Gericht kann anordnen, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsmitteln (Klagegründen, Einreden, Repliken rc.) die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu beschränken sei.

Mot. S. 29 f., 134, 135. KPr. S. 54 f., 134 f., 527.

1. Vgl. die Bem. Nr. 1 und 2 zu § 136. Die dem Gericht durch § 137 eingeräumte Befugnis wird von den Motiven (S. 29 f. und 134) in Verbindung gebracht mit der Mündlichkeit der Verhandlung und dem Bedürfnisse, die Übersichtlichkeit der Verhandlung zu wahren.

2. Über „Angriffs- und Verteidigungsmittel" und „selbständige" A. u. V.-M. s. Wach Vortr. S. 32 f. u. Handb. I S. 289 ff., Planck I S. 414 ff., Hellmann Lehrb. S. 310 ff., v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 813 und Komm. S. 84, Schepers Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 760 ff., Löning (Widerklage) Ztschr. f. d. CPr. IV S. 162 N. 211, Schollmeyer Zwischenstreit (S. 31—64), Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 425 ff., G. Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 193 ff., v. Krämel Arch. f. c. Pr. LXVI S. 315, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 303 ff. Im Gesetz ist der Ausdruck „A. u. V.-M" in verschiedenem Sinn gebraucht [die Nachweise s. bei Wach I S. 289 ff.]. In § 137 umfaßt der Ausdruck alles thatsächliche Vorbringen (Gegensatz: Rechtsdeduktionen), welches die Parteien zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruchs oder der prozessualischen Geltendmachung des Anspruchs vorbringen, also auch Prozeßeinreden. Enger ist der Begriff „selbständige" A. und V.-M. Selbständig sind die thatsächlichen Anführungen, über welche ein von dem übrigen Prozeßstoff relativ unabhängiges juristisches Urteil möglich ist, weil sie den

Thatbestand einer Rechtsnorm ausfüllen. Beispiele: Das Gesetz knüpft an verschiedene Thatbestände die Rechtsfolge des Eigentumserwerbs; wird das Vorhandensein mehrerer solcher Thatbestände behauptet und bestritten, so kann die Verhandlung beschränkt werden auf eine Gruppe von wechselseitigen Anführungen, welche sich auf einen der Thatbestände beziehen. Oder das Gesetz knüpft an die Thatbestände der Auftragserteilung und der Genehmigung die Rechtsfolge der obligatorischen Haftung des Mandanten oder Ratihabenten gegenüber dem Geschäftsführer; die Verhandlung kann, wenn beide Thatbestände behauptet und bestritten sind, zunächst beschränkt werden auf die Gruppe wechselseitiger Anführungen, welche sich auf einen der Thatbestände, z. B. die Auftragserteilung, beziehen. Ebenso steht es bei mehreren Einreden, Repliken 2c., z. B. Einrede der Zahlung, des Erlasses, der Verjährung, der Kompensation. Nicht minder gehören hieher die einzelnen Gruppen von wechselseitigen Anführungen, welche sich auf die Anwendbarkeit prozessualischer Rechtsnormen, z. B. der Rechtsnormen über einzelne Prozeßvoraussetzungen (s. Bem. Nr. 2 zu § 247), über Zulässigkeit und ordnungsmäßige Einlegung des Einspruchs oder eines Rechtsmittels, über Zulässigkeit vorläufiger Vollstreckbarkeitserklärung 2c., beziehen.

Die Beschränkung der Verhandlung nach § 137 kann auch eintreten, wenn nur einem selbst. Angriffsmittel ein selbst. Verteidigungsmittel gegenübersteht und über beide Streit ist. Die Verhandlung kann zunächst auf das Angriffsmittel beschränkt werden.

Die Verhandlung kann nach § 137 auf ein selbständiges präjudizielles Angriffs- oder Verteidigungsmittel beschränkt werden, ohne Unterschied, ob Präjudizialklage erhoben ist oder nicht. [Wach Vortr. S. 32, vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 26 ff.] Wenn der Gegenstand der Widerklage zugleich auch präjudziell für den Vorprozeß ist, wie bei der Präjudizalinzidentwiderklage und bei der eventuell als Kompensationseinrede dienenden Widerklage, kann die Verhandlung auf deren Gegenstand beschränkt werden. [Löning a. a. O. S. 162 N. 211].

Auch einzelne Beweisantretungen und Beweiseinreden können in dem angegebenen Sinne selbständig sein. So kann z. B. die Verhandlung auf Zulässigkeit eines Editionsantrags beschränkt werden. Die Verhandlung kann auch auf einen von mehreren in der Klage oder in Klage und Widerklage geltend gemachten Ansprüchen beschränkt werden, wenn nicht Zerlegung nach § 136 stattfindet.

3. Die Beschränkung der Verhandlung kann in jedem Stadium des Prozesses — jedoch nicht vor mündlicher Verhandlung — angeordnet werden. Die Anordnung erfolgt durch Beschluß. Gegen denselben findet kein Rechtsmittel statt. Der Beschluß ist zu verkünden (§ 294 Abs. 1).

4. Die Anordnung, daß die Verhandlung zunächst auf ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu beschränken sei, bewirkt, daß die Parteien in ihren mündlichen Vorträgen sich nur über den betreffenden Streitpunkt äußern dürfen und daß einstweilen nur über diesen Punkt Beweis erhoben wird. Der Vorsitzende hat nach § 127 darauf zu achten, daß die Anordnung befolgt werde. Nach der Durchführung der Verhandlung über den betreffenden Streitpunkt kann je nach Umständen ein Endurteil (§ 272), ein Teilurteil (§§ 273, 274), ein Zwischenurteil (§ 275) oder ein bedingtes End-, Teil-, Zwischenurteil (§§ 425, 426) oder ein Beweisbeschluß (§§ 324, 426 Abs. 2) erlassen, es kann aber auch ohne Urteil oder Beschluß weiter über die übrigen Streitpunkte verhandelt werden. Geschieht letzteres, so tritt damit, auch ohne daß die Aufhebung des Beschränkungsbeschlusses ausdrücklich ausgesprochen wird, wieder die Einheit der Verhandlung für den gesamten Prozeßstoff ein; die Parteien können daher auch in Bezug auf den bereits durchverhandelten Streitpunkt neues Material, insbesondere neue Beweismittel vorbringen. Über die Wirkungen des Zwischenurteils, des bedingten Zwischen-

urteils und des auf Eidesleistung lautenden Beweisbeschlusses s. die Bemerkungen zu §§ 275, 289, 425, 426. — Ein Zwischenstreit unter den Parteien entsteht durch die nach § 137 angeordnete Beschränkung der Verhandlung nur, wenn die Beschränkung sich auf einen zum Zwischenstreit geeigneten Thatbestand einer prozessualischen Rechtsnorm bezieht. Vgl. die Bemerkungen Nr. 1 u. 3 zu § 275.

5. Auch ohne vorherige Beschränkung des Verfahrens kann über selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel ein Zwischenurteil (§ 275) erlassen werden.

§ 138.

Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.

Mot. S. 80, 136. KPr. S. 55, 527.

1. Verbindung mehrerer Prozesse derselben Parteien. Voraussetzungen sind Anhängigkeit bei demselben Gericht und (alternativ) entweder rechtlicher Zusammenhang oder die Möglichkeit der sog. objektiven Klagenhäufung. Wegen des Begriffs „rechtlicher Zusammenhang" s. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 33. Wegen der Möglichkeit der sog. objektiven Klagenhäufung s. § 232. Da an letzterer Stelle nichts weiter als Zuständigkeit desselben Gerichts und Zulässigkeit derselben Prozeßart erfordert wird, so möchte es scheinen als ob die alternative Voraussetzung „rechtlicher Zusammenhang" in § 138 bedeutungslos wäre. Dies ist deswegen nicht der Fall, weil bei Vorhandensein rechtlichen Zusammenhangs auch Prozesse, in welchen dieselben Parteien verschiedene Parteirollen haben, wo also von Klagenhäufung nicht die Rede sein kann, verbunden werden können.

2. Verbindung mehrerer Prozesse verschiedener Parteien. Voraussetzungen sind Anhängigkeit bei demselben Gericht und (alternativ) entweder rechtlicher Zusammenhang (s. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 33) oder die Möglichkeit der Streitgenossenschaft (s. §§ 56, 57). Da nach § 57 Streitgenossenschaft (sog. subjektive Klagenhäufung) auch ohne rechtlichen Zusammenhang bei bloßer Gleichartigkeit der Ansprüche (s. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 57) möglich ist, so hat das alternative Erfordernis „rechtlicher Zusammenhang" für Verbindung mehrerer Prozesse verschiedener Parteien nur insofern Bedeutung, als die Parteistellung der verschiedenen Parteien die Vereinigung zur Streitgenossenschaft ausschließt.

3. Mehrere Prozesse, die bei verschiedenen Kammern (Senaten) desselben Gerichts anhängig sind, können verbunden werden. Die Verbindung eines Prozesses, welcher bei einer Civilkammer, mit einem anderen Prozesse, welcher bei der Kammer für Handelssachen desselben Landgerichts anhängig ist, ist nicht zulässig. Es würde darin eine Verweisung eines vor die Civilkammer gehörigen Prozesses vor die Kammer für Handelssachen — oder umgekehrt — liegen, welche schon deswegen für unstatthaft erachtet werden müßte, weil die Vorbedingungen solcher Verweisungen im GVG. §§ 103—106 genau normiert sind.

4. Die Verbindung wird durch Beschluß angeordnet. Der Beschluß kann nur nach mündlicher Verhandlung erlassen werden; vorher kann das Gericht über die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit einer Verbindung sich keine Ansicht bilden. Der Beschluß ist stets zu verkünden (§ 294 Abs. 1). War bereits in beiden Prozessen Termin auf denselben Tag angesetzt, so kann auf den Verbindungsbeschluß die „gleichzeitige" Verhandlung folgen. Außerdem muß die Vereinigung auf einen Termin herbeigeführt werden. Dies kann entweder dadurch geschehen, daß

in beiden Prozessen mit dem Verbindungsbeschlusse der gemeinsame Termin verkündet wird (§ 195), oder dadurch, daß in dem einen Prozesse mit dem Verbindungsbeschlusse ein neuer Termin verkündet wird, welcher mit dem bevorstehenden Termin des anderen Prozesses zusammenfällt, oder auch dadurch, daß, nachdem in einem Prozesse ein neuer Termin bereits verkündet ist, der zur Verhandlung des anderen Prozesses bestimmte Termin auf denselben Tag von Amtswegen verlegt wird. Die Verlegung des letzteren Termins erfolgt durch das Gericht (nicht den Vorsitzenden, dem die Zeitbestimmung verbleibt) und ist den Parteien von Amtswegen bekannt zu machen (§ 294 Abs. 3). [AM. Struckm. Koch § 138 Nr. 3, welche neue Ladung durch die Parteien für erforderlich halten.] Weder bei Verkündung der Termine noch bei Zustellung des Verlegungsbeschlusses bedarf es der Ladung oder der Einhaltung der Ladungsfrist (s. Bem. Nr. 2 Ziff. III litt. b und Ziff. IV vor § 191). — Gegen den Verbindungsbeschluß ist kein Rechtsmittel zulässig.

5. Die Verbindung führt, wenn nicht die Aufhebung derselben (§ 141) beschlossen wird, zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung. Eine Verschiebung der Zuständigkeit wird dadurch nicht herbeigeführt (s. Bem. Nr. 4 zu § 5); denn die Verbindung hat keine rückwirkende Kraft. Im übrigen aber treten die gleichen prozessualischen Verhältnisse ein, wie wenn die mehreren Prozesse schon bei der Klagerhebung verbunden worden wären [vgl. a. RG. 5. Juli 1881 Entsch. V Nr. 95 S. 355. AM. Wilm. Levy N. 1.] Ist von den mehreren Prozessen einer vor den andern zur Endentscheidung gereift, so muß in diesem Prozesse Urteil erlassen werden (§ 272 Abs. 2). Dieses Urteil ist nicht Teilurteil; denn in der Erlassung desselben liegt die Aufhebung der Verbindung. Sind die mehreren Prozesse gleichzeitig zum Endurteile gereift, so kann ein formell einheitliches Urteil erlassen werden, wenn nicht beliebt wird, bei der Urteilsfällung die Verbindung zu lösen. Eine Notwendigkeit, äußerlich gesonderte Urteile zu fällen [wie Gaupp I S. 392 im Widerspruch mit dem Gesetzestexte annimmt], besteht nicht. Den Parteien der mehreren Prozesse stehen natürlich auch gegen das einheitliche Urteil selbständige Rechtsmittel zu. Wird gegen ein formell einheitliches Urteil von einer Partei unter Ausführung mehrerer, wenn auch auf die verschiedenen Prozesse bezüglicher Beschwerden, oder von mehreren Parteien gemeinsam die Revision ergriffen, so findet nach § 508 Abs. 2 (vgl. mit § 5) Zusammenrechnung der Beschwerdesummen statt. Vgl. die Citate in Bem. Nr. 4 a. E. zu § 5.

6. Obligatorisch ist die Verbindung mehrerer der in HGB. Art. 190a bezeichneten Anfechtungsprozesse nach Art. 190a Abs. 2.

§ 139.

Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei.

Mot. S. 136. KPr. S. 55, 527.

1. Aussetzung wegen Präjudizialität eines den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildenden Rechtsverhältnisses. Voraussetzungen: a) Ein Rechtsverhältnis muß für den auszusetzenden Rechtsstreit in dem Sinne präjudiziell sein, daß die Entscheidung des letzteren nicht erfolgen kann, ohne daß in den Entscheidungsgründen eine Entscheidung über jenes Rechtsverhältnis getroffen wird. Nicht not-

wendig ist, daß die Entscheidung in dem anderen Rechtsstreite für die Parteien des auszusetzenden Prozesses Rechtskraft begründe [AM. Gaupp I S. 393]; die vorangegangene Entscheidung, wenn sie auch den Richter und die Parteien nicht bindet, kann für die Entscheidung des anderen Prozesses Beweisgrund sein (vgl. Bem. Nr. 3 III litt. b zu § 63, ferner Planck Mehrheit der Rechtsstr. S. 179 f. und Wetzell § 64 N. 40, 41. b) Das präjudizielle Rechtsverhältnis muß ein anderes sein als das in dem auszusetzenden Prozeß geltend gemachte. Ist über dasselbe Rechtsverhältnis schon ein anderer Rechtsstreit anhängig, dann ist die Einrede der Rechtshängigkeit, aber nicht die Aussetzung zulässig [vgl. RG. 11. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 113 S. 403. AM. Planck I S. 275]. Zulässig ist die Aussetzung, wenn ein in dem auszusetzenden Prozeß verteidigungsweise geltend gemachtes Rechtsverhältnis identisch ist mit dem in einem anderen Prozeß klageweise geltend gemachten Rechtsverhältnisse [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr VI S. 489, VII S. 98]. Über die Frage, ob eine rechtshängige Forderung noch zur Kompensation verwendet werden kann, s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 235. Hier ist nur festzustellen, daß, wenn die Verwendung einer rechtshängigen Forderung zur Kompensation zulässig ist, die Aussetzung wegen Präjudizialität des anderen Prozesses möglich ist. — Es muß ein Rechtsstreit über das präjudizielle Rechtsverhältnis schon und noch bei Gericht (ordentlichem oder besonderem, staatlichem oder Schiedsgericht [vgl. OLG. Jena SA. XLII Nr. 61]) anhängig sein. Über Beginn und Ende der Rechtshängigkeit s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 61. — Nicht notwendig, daß die Parteien des anderen Rechtsstreites identisch sind mit den Parteien des Rechtsstreites, in welchem Aussetzung beschlossen wird.

Die Aussetzung ist fakultativ. Das Gericht ist durch die Rechtshängigkeit des Präjudizialpunktes nicht gehindert, den präjudizierten Prozeß durchzuführen und über den Präjudizialpunkt in den Entscheidungsgründen sich schlüssig zu machen. Die in dem zweiten Prozeß erhobene Präjudizialklage müßte auf Verlangen des Gegners wegen Rechtshängigkeit des Präjudizialverhältnisses durch absolutio ab instantia zurückgewiesen werden [vgl. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 46 N. 2, RG. 11. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 113 S. 403, Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 74 ff.]. Wird zufolge der Aussetzung die Entscheidung des früher anhängigen Prozesses abgewartet, so ist diese Entscheidung des Präjudizialpunktes für die Parteien und das Gericht nur bindend, wenn dieselbe für die Parteien des ausgesetzten Prozesses Rechtskraft hat. Außerdem steht im richterlichen Ermessen, welche Bedeutung derselben im zweiten Prozeß beigelegt werden will.

Der Satz des gemeinen Prozeßrechts: „Per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet" (l. 54 D. de iudic. 5, 1) nebst den einzelnen Normen darüber, was maior causa sei (z. B. l. 12 pr. C. de H. P. 3, 21; l. 2 § 5 D. de H. P. 5, 3; l. 24 § 4 D. de lib. causa 40, 12; l. 5, 6 C. de ord. cogn. 7, 19; l. 21 D. de except. 44, 1) ist durch die Prozeßordnung beseitigt, da diese keinen Zwang zur Aussetzung der minor causa kennt [so auch RG. Entsch. V Nr. 101 S. 375]. Dagegen dürfte die nach gemeinem Recht in singulären Fällen gestattete sog. exceptio praeiudicii (exc. quod praeiudicium h e r e d i t a t i bzw. praedio non fiat), welche nicht zur Aussetzung, sondern zur Abweisung der angebrachten Klage führt, als eine materiellrechtliche Vorschrift über Klagenkonkurrenz durch die CPrO. nicht berührt sein. [Vgl. Wetzell, System § 64 bei N. 43, Planck Mehrheit der Rechtsstr. §§ 56—63, Bülow Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen S. 161—236, Planck in KVJSchr. XI S. 160 ff., besonders S. 188. AM. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 411.]

2. Aussetzung wegen Präjudizialität eines von einer Verwaltungsbehörde festzustellenden Rechtsverhältnisses. Voraussetzungen: a) Präjudizialität eines Rechtsverhältnisses in dem in Bem. 1 ad a erörterten Sinn für den auszusetzenden Prozeß.

Für den präjudizierten Anspruch, welcher Gegenstand des auszusetzenden Prozesses ist, muß der Rechtsweg zulässig sein; sonst müßte die Klage abgewiesen werden. Die Aussetzung kann auch nicht erfolgen, wenn nach Reichs- oder Landesrecht vorgeschrieben ist, daß vor Betretung des Rechtswegs die Verwaltungsbehörden angerufen werden müssen. Ist einer derartigen Vorschrift (z. B. § 155 des Reichsbeamtengesetzes v. 31. März 1873, § 115 des RG. v. 27. Juni 1871 betr. die Pensionierung von Militärpersonen, §§ 26—29 des RG. v. 21. Dez. 1871, betr. die Beschränkung des Grundeigentums i. d. Umgebung von Festungen, § 51 der GewO., § 5 des PatGes. v. 25. Mai 1877, bayer. AG. z. CPrO. Art. 2) nicht genügt, so ist die Klage als zur Zeit unzulässig abzuweisen. — Daß die Entscheidung der Verwaltungsbehörde für das Gericht maßgebend sei, ist keine Voraussetzung der Aussetzung. b) Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde für die Feststellung des Präjudizialpunktes. Welche Sachen zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden gehören, ist nach dem Reichs- und Landesrecht zu beurteilen [vgl. die hauptsächlich auf Bayern Rücksicht nehmende Erörterung von Hauser Ztschr. f. R. u. LR. IV S. 241 ff.]. Es kommt nichts darauf an, ob die Verwaltungsbehörden bereits mit der Vorfrage befaßt sind oder nicht.

Die CPrO. nötigt nicht zur Aussetzung, sondern stellt diese auch hier in das richterliche Ermessen. Civilprozessualisch besteht kein Hindernis dagegen, daß das Gericht ohne Aussetzung den Prozeß fortsetzt und über die dem öffentlichen Recht angehörige Vorfrage entscheidet. Andererseits darf aus § 139 nicht gefolgert werden, daß die CPrO. den Gerichten die Zuständigkeit zur Entscheidung präjudizieller Verwaltungsfragen einräume. [Von dieser irrtümlichen Ansicht ist Hauser a. a. O. S. 257 nicht frei. Dagegen Wach I S. 87 bei N. 22.] Ob die Gerichte diese Zuständigkeit haben, ist nach dem Landesrecht zu beurteilen. Haben sie diese Zuständigkeit nicht (so im allgem. nach franz. Verwaltungsrecht in Elsaß-Lothr.), so müssen sie wohl oder übel den präjudizierten Rechtsstreit aussetzen; aber diese Notwendigkeit ergiebt sich nicht aus der CPrO., sondern aus dem betr. Landesrecht. Ist den Gerichten die Zuständigkeit zur Beurteilung öffentlich-rechtlicher Präjudizialpunkte landesrechtlich nicht entzogen, können sie immer noch die Aussetzung nach § 139 beschließen, sind aber dazu nicht genötigt. Beschließt das Gericht die Aussetzung, so ist damit noch nicht entschieden, daß es sich an die Entscheidung der Verwaltung binden müsse. Ob es daran gebunden ist, ist eine nach dem öffentlichen Recht zu beantwortende Frage. Es ist davon auszugehen, daß die Gerichte nicht gebunden sind, wenn nicht Reichs- oder Landesgesetz die Gebundenheit ausspricht. Entscheidet das Gericht eine öffentlich-rechtliche Vorfrage, so ist die gerichtliche Entscheidung darüber für die Verwaltungsbehörden nicht bindend.

3. Aussetzung kann erst nach mündlicher Verhandlung beschlossen werden, von Amtswegen oder auf Antrag. Der Beschluß ist zu verkünden. Gegen die Anordnung der Aussetzung ist Beschwerde zulässig; wurde ein Antrag auf Aussetzung gestellt, so findet gegen dessen Ablehnung sofortige Beschwerde statt (§ 229) [vgl. RG. 9. Juli 1884 Entsch. XV Nr. 123, S. 427, 7. März 1887 XVIII Nr. 39 S. 188]. Wirkungen der Aussetzung s. § 226. Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses s. § 141 Bem. Nr. 4. Aufnahme des ausgesetzten Verfahrens s. § 227.

§ 140.

Das Gericht kann, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergiebt, deren Ermittelung auf die Entscheidung von Einfluß ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen.

Mot. S. 136. KPr. S. 55, 527.

1. Der Verdacht der strafbaren Handlung kann gegen eine Partei, einen Zeugen, Sachverständigen oder auch gegen eine bei dem Prozeß nicht beteiligte Person (z. B. den Rechtsvorgänger des Klägers) gerichtet sein. — Aussetzung auf Grund des § 140 ist insbesondere dann am Platze, wenn sich der Verdacht ergiebt, daß ein Zeuge bei seiner Vernehmung eine falsche Aussage gemacht habe. Daß ein Strafverfahren bereits eingeleitet sei, ist nicht Voraussetzung.

2. Erledigung des Strafverfahrens ist nicht bloß dann anzunehmen, wenn ein Strafverfahren wirklich begonnen hatte und durch Einstellung (StPrO. §§ 168, 196) oder rechtskräftiges Endurteil (StPrO. § 259) oder Zurücknahme der Privatklage (StPrO. § 431) oder wegen Todes des Privatklägers (StPrO. § 433) beendigt worden ist; sondern auch wenn die Staatsanwaltschaft ohne Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens einem bei ihr angebrachten Antrage auf Erhebung der öffentlichen Klage keine Folge giebt (StPrO. § 169). Sollte das Strafverfahren, mit Rücksicht auf welches die Aussetzung nach § 140 erfolgt ist, nicht in angemessener Zeit zu Ende geführt werden, so kann die Aussetzung sowohl von dem Gericht, welches jene Anordnung erließ, auf Antrag oder von Amtswegen (§ 141), als auch auf Beschwerde (§ 229) vom Beschwerdegericht aufgehoben werden. — Das Gericht kann bei Anwendung des § 140 die Akten des Civilprozesses der Staatsanwaltschaft übermitteln. — Der Ausgang des Strafverfahrens bindet, auch wenn nach § 140 die Aussetzung des Civilprozesses erfolgte, das Civilgericht in keiner Weise. Vgl. EG. § 14 Nr. 1 und die Bemerkungen dazu.

3. Auf den Aussetzungsbeschluß, dessen Wirkungen und die Aufnahme des Verfahrens findet Bem. Nr. 3 zu § 139 entsprechende Anwendung. — In der Revisionsinstanz kann wegen Verdachts des Meineids eines Zeugen oder einer Partei die Aussetzung des Verfahrens nicht beschlossen werden; denn das Revisionsgericht hat nur darüber zu entscheiden, ob Rechtsnormen verletzt sind. Restitutionsgründe können in der Revisionsinstanz nicht vorgebracht werden. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 545. [So auch RG. 17. Nov. 1883 Entsch. XI Nr. 92 S. 367.]

4. Im Urkunden- und im Wechselprozeß ist § 140 anwendbar. [Stein Urkundenprozeß S. 171 f., RG. 5. Mai 1885 Entsch. XIII Nr. 100 S. 377.]

§ 141.

Das Gericht kann die von ihm erlassenen, eine Trennung, Verbindung oder Aussetzung betreffenden Anordnungen wieder aufheben.

Mot. S. 136. KPr. S. 55, 527.

1. Aufhebung des nach § 136 ergangenen Beschlusses kann nur erfolgen, wenn die getrennten Prozesse bei demselben Gericht in der gleichen Instanz anhängig sind. Wird die zum getrennten Prozeß verwiesene Gegenforderung (§ 136 Abs. 2) nicht oder bei einem anderen Gericht eingeklagt, so ist die Verbindung nicht möglich. Die Wirkung der Aufhebung der Zerlegung ist gleich der einer Verbindung (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 138). Die Aufhebung der früheren Anordnung erfolgt nach mündlicher Verhandlung, von Amtswegen oder auf Antrag, durch Beschluß. Dieser ist in jedem der getrennten Prozesse zu verkünden. Zur Herbeiführung der einheitlichen Verhandlung ist zu verfahren, wie nach dem Verbindungsbeschlusse (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 138). Gegen den Beschluß ist kein selbständiges Rechtsmittel zulässig.

2. Aufhebung der nach § 137 ergangenen Anordnung ist in § 141 wohl unter Anordnung einer Trennung begriffen. Jedenfalls kann das Gericht auch eine

solche Anordnung wieder aufheben; denn sie ist bloß prozeßleitend. Die Aufhebung erfolgt nach mündlicher Verhandlung, von Amtswegen oder auf Antrag, durch Beschluß. Der Beschluß ist zu verkünden. Es ist kein selbständiges Rechtsmittel zulässig.

3. Aufhebung der nach § 138 erlassenen Anordnung der Verbindung kann nach mündlicher Verhandlung, von Amtswegen oder auf Antrag, durch Beschluß erfolgen.

4. Die Aufhebung einer nach § 139, 140 ergangenen Anordnung des Aussetzungsbeschlusses kann von Amtswegen oder auf Antrag erfolgen. Sie erfolgt ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß, welcher beiden Parteien zuzustellen ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 4. AM. A. Förster N. 1 c und die früheren Aufl. d. Komm, teilweise auch Planck I S. 523 f., welcher in dem Falle, daß die Partei Aufhebung der Aussetzung wegen veränderter Umstände beantragt, Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung für nötig erachtet.] Darauf hin kann jede Partei den Prozeß betreiben, also um Terminsbestimmung nachsuchen und den Gegner laden. Von Amtswegen findet weder Terminsbestimmung noch Ladung statt. [So auch Wilm. Levy N. 4, Petersen S. 254, Fischer in Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 673. AM. Struckm. Koch N. 2. Gaupp I S. 400 f., v. Sarwey I S. 237 unter Bezug auf eine Bemerkung in den Motiven S. 158 f. Diese Bemerkung dürfte aber auf Mißverständnis beruhen.] Gegen Aufhebung der Aussetzung findet sofortige Beschwerde statt; denn die Aufhebung gegen den Parteiwillen kommt auf Ablehnung eines Aussetzungsantrags hinaus Gegen die Abweisung eines Antrags auf Aufhebung der Aussetzung findet Beschwerde statt arg. § 229, (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 229).

Was von der Aufhebung der nach §§ 139, 140 verordneten Aussetzung gesagt ist, findet auf die Aufhebung einer nach §§ 62, 224 verordneten Aussetzung entsprechende Anwendung, weil auch in diesen Fällen nur eine prozeßleitende, dem Ermessen des Gerichts anheimgegebene Anordnung vorliegt. Anders steht die Sache bei der Aussetzung nach § 223, da diese nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt ist. Diese kann nur nach § 227 beendet werden (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 223) [Planck I S. 523].

§ 142.

Das Gericht kann die Wiedereröffnung einer Verhandlung, welche geschlossen war, anordnen.

Mot. S. 136. KPr. S. 55, 527.

1. Über Schluß der Verhandlung s. § 127 Abs. 4. Anlässe zur Wiedereröffnung s. Bem. Nr. 3 u. Bem. Nr. 4 zu § 258. Die Wiedereröffnung wird von Amtswegen beschlossen; die Partei kann nur durch das Verlangen der Wiedereröffnung den Offizialbeschluß anregen. Die Partei hat kein Recht darauf, daß zur Nachholung eines versäumten Rechtsbehelfs die Wiedereröffnung angeordnet werde [vgl. RG. 15. Jan. 1886 SA XLI Nr. 231, 26. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 103 S. 417]. Der Beschluß ist stets zu verkünden (§ 294 Abs. 1). In dem Beschlusse ist der Termin zu bestimmen. Einer Ladung bedarf es nicht (§ 195), daher auch keiner Einhaltung der Ladungsfrist (vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191). Daher steht nichts im Wege, daß durch den Vorsitzenden Termin zur Verhandlung auch sofort bestimmt wird. Einwilligung der Parteien ist dazu nicht erforderlich. Ist keine der Parteien anwesend, so ruht das Verfahren (§ 228). Ist nur eine Partei anwesend, so kann diese verhandeln und Anträge stellen. Die andere Partei kann kontumaziert werden; denn nach §§ 283, 294 gilt die Verkündung und folglich die Terminsbestimmung auch gegenüber der Partei, welche bei der Verkündung nicht anwesend war. Ebenso steht die Sache bei Bestimmung eines von der Verkündung des Wiedereröffnungsbeschlusses zeitlich entfernten Termins. Auch in dem Termine, der nur zur Urteilsverkündung bestimmt war, kann der Wiedereröffnungsbeschluß ver-

kündet und zur Verhandlung unmittelbar nach der Verkündung Termin bestimmt werden. [AM. Struckm. Koch § 142 Note und § 195 N. 1, Wilm. Levy § 195 N. 1 Abs. 3, Planck I § 84 N. 79, Troll Vers. Urt. S. 16]. Die Mot. S. 158 f. bemerken, daß bei Wiedereröffnung der Verfahrens von Amtswegen der Verhandlungstermin, welcher nicht schon verkündet sei, den Parteien mittels Zustellung des Beschlusses von Amtswegen bekannt gemacht werde. Es ist aber nicht abzusehen, wie ohne grobes Versehen des Vorsitzenden eine Wiedereröffnung ohne Terminsbestimmung verkündet werden könnte. — Gegen den Beschluß der Wiedereröffnung und gegen Ablehnung des Antrags auf Wiedereröffnung findet kein Rechtsmittel statt.

2. Die Wiedereröffnung hat zur Folge, daß die geschlossene Verhandlung ihrem ganzen Umfange nach von neuem eröffnet wird, so daß sich die wiedereröffnete Verhandlung auch auf andere Punkte erstrecken kann, als die, welche zur Wiedereröffnung den Anlaß gegeben haben (vgl. Norbb. Prot. I S. 305, 306). Es können also neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, soweit solche vorher noch zulässig waren, in der neuen Verhandlung geltend gemacht werden.

§ 143.

Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag untersagen.

Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, zurückweisen.

Eine Anfechtung dieser Anordnungen findet nicht statt.

Auf Rechtsanwälte finden die Vorschriften dieses Paragraphen keine Anwendung.

Mot. S. 136, 137. KPr. S. 55, 527.

1. Abs. 1 bezieht sich auf Parteien rc., mit welchen zufolge von Sprachfehlern (z. B. Stottern) oder Trunkenheit oder weil sie so konfus sind, daß aus ihnen nicht herauszubringen ist, was sie eigentlich wollen, nicht verhandelt werden kann. Wegen Unkenntnis der deutschen Sprache kann der Vortrag nicht untersagt werden. Für diesen Fall trifft GVG. §§ 187, 189 Abs. 2 Vorkehrung (vgl. Sten. B. über die 11. Sitzung d. RT. v. 18. Nov. 1876 S. 173 f.). Wegen Verhandlung mit Tauben oder Stummen s. GVG. §§ 188, 189.

2. Abs. 2 soll die Winkeladvokatur verhindern. Dem Gericht die Zurückweisung zur Pflicht zu machen, wurde abgelehnt (KPr. S. 55); aber das Gericht wird gut thun, die Vorschrift mit Strenge zu handhaben. Der Ausdruck „geschäftsmäßig" ist nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu verstehen; der Nachweis der Honorierung braucht nicht geführt zu werden (Mot. S. 137).

3. Zu Abs. 1 bis 3: Die Untersagung weiteren Vortrags und die Zurückweisung eines Bevollmächtigten oder Beistandes ist von Amtswegen vom Gericht (nicht vom Vorsitzenden) zu beschließen. Der Beschluß kann nur nach Beginn einer mündlichen Verhandlung gefaßt werden und ist zu verkünden. Der Beschluß ist unanfechtbar (vgl. §§ 473, 510), kann aber von dem Gericht selbst zurückgenommen werden.

4. Zu Abs. 4: Nach RAO. § 25 findet Abs. 1 u. 2 des § 143 nicht Anwendung auf Stellvertreter von Rechtsanwälten im Sinne der RAO. § 25 Abs. 1 und auf die im Justizdienste befindlichen Rechtskundigen, welche mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäft worden sind (GVG. § 2), wenn sie einen Rechtsanwalt, ohne als dessen Stellvertreter bestellt zu sein, in Fällen vertreten, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt

nicht geboten ist, oder wenn sie unter Beistand des Rechtsanwalts die Vertretung der Parteirechte übernehmen. Übrigens kann auch in den nicht speziell ausgenommenen Fällen die Zurückweisung eines rechtskundigen Vertreters eines Rechtsanwalts aus Abs. 2 des § 143 nicht wohl beschlossen werden, weil die Geschäftsmäßigkeit nicht zutrifft, während Abs. 1 des § 143 allerdings auf solche Vertreter anwendbar ist. [Völk RAO. S. 52 ff.] — Auf Gerichtsvollzieher ist § 143 anwendbar.

§ 144.

Ist eine bei der Verhandlung beteiligte Person zur Aufrechthaltung der Ordnung von dem Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie freiwillig sich entfernt hätte. Dasselbe gilt in den Fällen des vorhergehenden Paragraphen, sofern die Untersagung oder Zurückweisung bereits bei einer früheren Verhandlung geschehen war.

Mot. S. 137. KPr. S. 55, 527.

1. Nach GVG. § 178 können Parteien sowie Bevollmächtigte und Beistände derselben, Zeugen und Sachverständige, welche den zur Aufrechthaltung der Ordnung erlassenen Befehlen nicht gehorchen, aus dem Sitzungszimmer oder von dem sonstigen Orte der Verhandlung entfernt werden. Auf Rechtsanwälte ist GVG. § 178 nicht anwendbar (arg. GVG. § 180; vgl. KPr. z. GVG. S. 38 und 688).

2. Über die Folgen der Entfernung einer Partei oder ihres Bevollmächtigten bemerken die Motive S. 137: „Ist eine Partei wegen ungeeigneten Betragens entfernt, so ist, wenn nicht das Gericht die Verhandlung vertagt, die Folge verschieden, je nachdem die entfernte Partei bereits verhandelt hat oder nicht. In dem ersteren Falle ist sie nur mit demjenigen ausgeschlossen, was sie noch nicht vorgebracht hat, wogegen das von ihr Vorgebrachte zu berücksichtigen ist; das Urteil ist kontradiktorisch. Findet eine Fortsetzung der Verhandlung statt, so kann die Partei das in dem früheren Verhandlungstermine noch nicht Vorgebrachte nachholen, so daß in diesem Falle ihre Entfernung Nachteile in der Sache nur insofern zur Folge hat, als auf Grund des bereits stattgehabten Verhandlungstermins erlassene Zwischenurteile ihrem Vorbringen Schranken setzen (s. hannov. Prot. XIV S. 5054, 5055). — In dem letzteren Falle ist die Partei als nicht erschienen zu betrachten (§ 298), mithin gegen sie auf Antrag ein Versäumnisurteil zu erlassen. Wann aber anzunehmen ist, daß die Partei verhandelt habe, läßt sich als quaestio facti durch gesetzliche Bestimmungen nicht regeln." Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298.

3. Die Entfernung eines Beistandes kann Rechtsnachteile zur Sache nicht zur Folge haben. Die Entfernung eines Zeugen oder Sachverständigen kann zur Folge haben, daß gegen ihn wie gegen einen geladenen und nicht erschienenen Zeugen oder Sachverständigen verfahren wird.

4. Im Falle des § 143 können die Folgen der partiellen oder totalen Versäumnis erst eintreten, nachdem die Verhandlung schon einmal wegen Untersagung des Vortrags oder wegen Zurückweisung eines Bevollmächtigten (nicht, wenn aus einem anderen Grunde) vertagt wurde. Die Versäumnisfolgen treten nicht ein, wenn in einem früheren Termine der Partei der Vortrag untersagt und in dem späteren ein Bevollmächtigter zurückgewiesen wurde (und umgekehrt) oder wenn in dem früheren Termine der Bevollmächtigte A, in dem späteren der Bevollmächtigte B zurückgewiesen wurde.

§ 145.

Über die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte ist ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll enthält:

1) den Ort und den Tag der Verhandlung;
2) die Namen der Richter, des Gerichtsschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers;
3) die Bezeichnung des Rechtsstreits;
4) die Namen der erschienenen Parteien, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände;
5) die Angabe, daß öffentlich verhandelt oder die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist.

Mot. S. 137. KPr. S. 55, 527.

1. Litteratur: H. Meyer Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 303 ff. und „Protokoll u. Urteil" (Berl. 1885), Kleinfeller die Funktionen des Vorsitzenden S. 68 ff.

2. Die Vorschriften der §§ 145—150 gelten für das über die mündliche Verhandlung vor dem Gericht aufzunehmende Protokoll (Sitzungsprotokoll). Dieselben werden ergänzt durch §§ 129, 269, 270, 284, 285, 380, 384, 470. Über Protokollierung der Verhandlungen vor dem beauftragten oder ersuchten Richter s. § 151; über Protokolle der Gerichtsvollzieher s. §§ 682, 683, 727. Außerdem kommen protokollarische Aufnahmen durch Gerichtsschreiber vor (s. Bem. Nr. 4 zu § 74); über Form und Inhalt derselben sind keine Vorschriften erlassen.

3. § 145 enthält die Vorschriften über Form und Einleitung der Protokolle. Eine Verletzung dieser Vorschriften hat zwar auf die Gültigkeit der Verhandlung keinen Einfluß, kann jedoch die Beweiskraft des Protokolls für eine spätere Verhandlung in Frage stellen. Vgl. §§ 150, 380.

4. Das Protokoll ist für jede einzelne Sache gesondert zu errichten und zu den Gerichtsakten zu nehmen.

§ 146.

Der Gang der Verhandlung ist nur im allgemeinen anzugeben.

Durch Aufnahme in das Protokoll sind festzustellen:
1) die Anerkenntnisse, Verzichtleistnngen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder teilweise erledigt wird;
2) die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung vorgeschrieben ist;
3) die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern dieselben früher nicht abgehört waren oder von ihrer früheren Aussage abweichen;
4) das Ergebnis eines Augenscheins;
5) die Entscheidungen (Urteile, Beschlüsse und Verfügungen) des Gerichts, sofern sie nicht dem Protokolle schriftlich beigefügt sind;
6) die Verkündung der Entscheidungen.

Der Aufnahme in das Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt und als solche in demselben bezeichnet ist.

Motive S. 22—24, 137. KPr. S. 55—57. 152, 527, 664.

1. Das Protokoll soll von dem Gerichtsschreiber selbständig abgefaßt werden; dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß einzelne Feststellungen von dem Richter bzw. den Parteien diktiert werden (KPr. S. 152). Bei der Feststellung des Ergebnisses eines Augenscheins, wo es auf die persönliche Wahrnehmung des Richters selbst ankommt, muß diese Wahrnehmung dem

Gerichtsschreiber bekannt gegeben werden; ein Diktieren ist auch hier nicht absolut nötig. Daß das Protokoll nur während der Verhandlung, nicht etwa nachträglich auf Grund von Notizen, abgefaßt werden kann, folgt aus § 148. — Die zu protokollierenden Akte sind in der Reihenfolge, wie sie sich ereigneten, in dem Protokoll aufzuführen [vgl. RG. 19. Okt. 1885 Entsch. XIV Nr. 108 S. 385].

2. Zu Nr. 1: Anerkenntnisse s. § 278. Verzichtleistungen s. § 277. Über Bedeutung der Protokollierung s. Bem. Nr. 5 zu § 278 und Bem. Nr. 5 zu § 277. Der protokollierte Vergleich ist Vollstreckungstitel (§ 702 Nr. 1). Über den Beweis eines nicht protokollierten Vergleichs vgl. RG. in Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1102.

3. Zu Nr. 2: Feststellung von Anträgen und Erklärungen (wozu auch gerichtliche Geständnisse § 261 gehören), ist vorgeschrieben in §§ 269, 270, 315, 470 und zwar hat diese Feststellung teils auf Antrag (§ 270), teils von Amtswegen zu geschehen (§§ 269, 315, 470). Die in Abs. 3 des § 146 zugelassene Feststellung durch Anlagen zum Protokoll, ist in den Fällen der §§ 269, 270 der allein statthafte Feststellungsmodus; in anderen Fällen kann die Abgabe eines Schriftsatzes als Protokollanlage zulässig.

4. Zu Nr. 3: Abgesehen von § 147 dürfen nicht protokollierte Aussagen nicht im Urteil berücksichtigt werden. Stimmt das Protokoll nicht mit dem, was in den Entscheidungsgründen als Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen angeführt ist, so ist Revision begründet [RG. 21. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 116 S. 418 ff.].

5. Zu Nr. 4: Bem. Nr. 4 gilt in entsprechender Anwendung für den Augenschein.

6. Zu Nr. 5: Die Entscheidungen sind entweder dem Protokoll schriftlich beizufügen — was bei Urteilen regelmäßig geschehen wird — oder in das Protokoll aufzunehmen.

7. Zu Nr. 6: Die Feststellung, daß eine Entscheidung „erlassen" wurde, ist nicht genau, gilt aber als Verkündungsvermerk [RG. 9. Febr. 1887 Entsch. XVII Nr. 105 S. 420].

§ 147.

Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte erfolgt und das Endurteil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protokolle nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden habe.

Mot. S. 137. KPr. S. 56, 527.

1. Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann nicht unterbleiben, wenn die Zeugen und Sachverständigen vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, ferner wenn dieselben vor dem Gerichte erster Instanz vernommen werden. Ist gemäß § 147 die Protokollierung der Aussage eines Z. oder S. unterblieben, so kann das Beweisergebnis nur von den Richtern, welche der Beweiserhebung beigewohnt haben, gewürdigt werden. Tritt ein Wechsel im Richterkollegium ein, so muß die Beweisaufnahme wiederholt werden. Wird das Urteil auf Grund einer nicht protokollierten Beweisaufnahme von Richtern gefällt, von denen auch nur einer nicht bei der Beweisaufnahme anwesend war, so ist Revision begründet. [Vgl. RG. 8. Juli 1885 Entsch. XIV Nr. 107 S. 379 ff., 19. Okt. 1885 XIV Nr. 108 S. 383 ff., 18. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 727, 22. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 85 S. 344 ff.]

2. § 147 bestimmt nicht, daß unter den angegebenen Voraussetzungen die Protokollierung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen unterbleiben muß. Es giebt Umstände, unter welchen dieselbe auch unter jenen Voraussetzungen kaum zu vermeiden sein wird; z. B. wenn wegen anderweitigen Beweisverfahrens voraussichtlich die Urteilsfällung erst nach längerer Zeit

erfolgen kann, oder wenn Verdacht besteht, daß die Aussage eines Zeugen unwahr sei. (Vgl. KPr. S. 56.)

3. Wenn die Festsetzung der Aussagen eines Zeugen und Sachverständigen unterbleibt, so sind die Namen der vernommenen Zeugen, etwaige bei der Vernehmung sich ergebende Anstände u. dgl. gleichwohl zu Protokoll zu nehmen.

§ 148.

Das Protokoll ist insoweit, als es die Nr. 1—4 des § 146 betrifft, den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. In dem Protokolle ist zu bemerken, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben sind.

Mot. S. 137. KPr. S. 56, 527.

Die Unterschrift der bei den Feststellungen ad Nr. 1 bis 4 des § 146 Beteiligten ist nicht erforderlich. — Vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen ist das ganze Protokoll stets den Parteien (Nebenparteien) und, soweit dasselbe Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen enthält, auch den letzteren. — Daß die Anfertigung des Protokolls und dessen Vorlage an die Beteiligten erst nach der Verhandlung erfolgte, ist kein Revisionsgrund [vgl. bay. o. LG. SA. XXXIX Nr. 141.] — Das Recht, eine Verletzung des § 148 zu rügen, kann nach § 267 verloren gehen [RG. 10. März 1884 Entsch. XII Nr. 127 S. 436].

§ 149.

Das Protokoll ist von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben.

Ist der Vorsitzende verhindert, so unterschreibt für ihn der älteste beisitzende Richter. Im Falle der Verhinderung des Amtsrichters genügt die Unterschrift des Gerichtsschreibers.

Mot. S. 137. KPr. S. 56, 527.

1. Die Unterschrift des Vorsitzenden und des Gerichtsschreibers sind wesentliche Voraussetzungen der formalen Beweiskraft des Protokolls (§ 150).

2. Daß der Gerichtsschreiber verhindert wäre, das Protokoll zu unterschreiben, wird nicht leicht vorkommen, da derselbe seine Unterschrift dem Protokoll bei der Fertigung beisetzen wird. Sollte dies übersehen sein und später Behinderung eintreten, so ist kein Ersatz vorgesehen.

§ 150.

Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

Mot. S. 137. KPr. S. 56, 527.

1. Dem § 150 entspricht dem § 274 der StPrO. Ähnliche Vorschriften enthalten Pr. Ges. v. 3. Mai 1852 Art. 78, Pr. StPrO. v. 1867 § 258, Hess. StPrO. Art. 224; Old. StPrO. Art. 199 § 3, Braunschw. StPrO. § 158, Lüb. StPrP. § 140 hinsichtlich des Beweises der Förmlichkeiten bei der Anfechtung des Urteils durch Nichtigkeitsbeschwerde oder ähnliche Rechtsmittel.

Über den Begriff der „für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten" ist in den Prot. der Nordd. Komm. (S. 311 f.) bemerkt: „Das Protokoll solle über die großen Grundsätze des Verfahrens Auskunft geben; jede Partei müsse voraussetzen, daß diese Beobachtung im Protokoll konstatiert sei und falls sie einen Mangel rügen wolle, für dessen

Konstatierung sofort Sorge tragen. Der Begriff der Förmlichkeit bedürfe überhaupt einer Definition nicht; welche „Förmlichkeiten" aber wesentlich seien, komme hier nicht in Frage. Bezüglich des erforderlichen Gehörs beider Parteien werde es nur darauf ankommen, daß im allgemeinen die Anhörung beider Teile konstatiert sei." Die Anlehnung an die bezeichneten Strafprozeßgesetze rechtfertigt die mit den Bemerkungen in den Nordd. Protokollen nicht im Widerspruch stehende Annahme, daß unter „Förmlichkeiten" alle Momente der Verhandlung zu verstehen sind, welche den modus procedendi im Gegensatz zu dem Inhalt der Prozeßhandlungen betreffen [vgl. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. II S. 391]. Also insbesondere die Besetzung des Gerichts, die Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit des Verfahrens, das Erschienen- oder Nichterschienensein der Parteien, deren Vertretung durch Anwälte, die Form (ob schriftlich oder nicht) gewisser Parteianträge und -erklärungen (§§ 269, 270), die Verkündung der Urteile und Beschlüsse [vgl. RG. 18. März 1886 Entsch. XVI Nr. 74 S. 332], die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen. Nicht dazu gehört der Inhalt der Parteianträge und -erklärungen, der Zeugen- und Sachverständigenaussagen.

2. Bezüglich der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten enthält § 150 eine zwiefache Beweisbeschränkung.

a) Die Beobachtung jener Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Jede andere Beweisführung ist ausgeschlossen. Ist also im Protokolle z. B. die Beeidigung eines Zeugen nicht konstatiert, so kann der Beweis, daß der Zeuge beeidigt worden sei, in diesem Prozesse überhaupt nicht geführt werden [vgl. Entsch. d. RG. i. StrS. X S. 92].

b) Gegenbeweis gegen den jene Förmlichkeiten betreffenden positiven Inhalt des Protokolls ist ausgeschlossen, es wäre denn, daß die Fälschung des Protokolls erwiesen werden könnte. Das Sitzungsprotokoll ist eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 383 und liefert als solche vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen (§ 383 Abs. 1); hiergegen wäre Gegenbeweis durch jede Art von Beweismitteln zulässig (§ 383 Abs. 2). Dieser Gegenbeweis ist bezüglich eines Teils des Protokollsinhalts, d. i. der Konstatierungen über Beobachtung der Prozeßvorschriften, von dem Beweis der Fälschung abhängig gemacht. Bezüglich des übrigen Protokollsinhalts ist der Gegenbeweis nicht beschränkt.

Der Nachweis der Fälschung kann sowohl durch den Beweis der Urkundenfälschung (StGB. § 267), wie durch den Beweis wissentlich falscher Beurkundung (StGB. § 348) geführt werden. Zum Begriff der Fälschung gehört Dolus. Der Nachweis einer fahrlässigen falschen Beurkundung genügt nicht. Der Nachweis der Fälschung kann mit allen Beweismitteln geführt werden. Es ist nicht bestimmt, daß die Behauptung der Protokollfälschung nur aufgestellt werden kann, wenn wegen derselben eine Verurteilung ergangen oder wenn diese aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis unterblieben ist.

Die Beweis- und Gegenbeweisbeschränkung des § 150 kommt nur dann zum Zuge, wenn die Frage, ob die für die mündliche Verhandlung geltenden Prozeßvorschriften beobachtet sind, unter den Parteien streitig ist. Die praktische Bedeutung des § 150 liegt auf dem Gebiete der Rechtsmittel-, insbesondere der Revisionsverhandlung. Ist z. B. die Revision auf eine Verletzung der für die mündliche Verhandlung maßgebenden Prozeßnormen gestützt, so ist die Beweisführung vor dem Revisionsgericht in der angegebenen Weise beschränkt. Übrigens gelten die Beschränkungen auch für die unteren Instanzen.

Über das Verhältnis der Beweiskraft des Protokolls zum Thatbestand des Urteils vgl. Bem. Nr. 2 zu § 285.

§ 151.

Zu den Verhandlungen, welche außerhalb der Sitzung vor Amtsrichtern

oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden, ist der Gerichtsschreiber gleichfalls zuzuziehen.

Mot. S. 137, 138. KPr. S. 56, 527.

1. Unter einem „beauftragten Richter" ist ein Mitglied des Prozeßgerichts — ein deputatus collegii, dagegen unter einem „ersuchten Richter" ein anderes Gericht (Amtsgericht, vgl. GVG. § 158) verstanden.

2. In der Bestimmung, daß der Gerichtsschreiber zu den in § 151 bezeichneten Verhandlungen beizuziehen sei, liegt die Anordnung der Protokollierung. Über Form und Inhalt dieses Protokolls enthält das Gesetz keine direkte Vorschrift. Die entsprechende Anwendung der §§ 145, 146, 148, 149 folgt aus der Natur des Protokolls. Auch § 150 dürfte auf solche Protokolle anwendbar sein.

Zweiter Titel.

Zustellungen.

1. Im früheren gemeinrechtlichen Prozeß lag der Prozeßbetrieb — d. i. die Vermittelung des Verkehrs zwischen dem Gericht und den Parteien sowie zwischen den Parteien untereinander, das Zustellungs- und Ladungsgeschäft, sowie die Zwangsvollstreckung in der Hand des Gerichts (Offizialbetrieb). Ebenso nach der preuß. AGO., nach der österr. GO. und nach den PrOO. von Württemberg, Baden, Braunschweig, Oldenburg, Koburg. Im Gegensatz dazu legt das franz. Prozeßrecht den Prozeßbetrieb ganz in die Hände der Parteien (Parteibetrieb). Dem franz. Recht folgen das Genf. Prozeßgesetz, der Preuß. Entw. v. 1864 und die Bayer. PrO. v. 1869. Nach dem Vorgange der Hann. Pr.O., der Hannov., Hess., Österr., Nordd. Entwürfe haben sich die deutschen Entwürfe und das Gesetz für ein mittleres System entschieden, welches die Motive (S. 139) „modifizierten Parteibetrieb" nennen.

Die Motive S. 140 f. führen als „Modifikationen des Prozeßbetriebs durch die Parteien" folgende an:

A) Hinsichtlich der Einleitung und Fortführung des Rechtsstreits bis zum Urteil in der Instanz.

Die Einleitung des Rechtsstreits bezw. einer Instanz setzt nach dem Gesetze regelmäßig die formelle Mitwirkung des Gerichts durch Anberaumung eines Verhandlungstermins voraus (§§ 191, 193, 233, 305 Nr. 3, 456, 458, 479 Nr. 3, 515 Nr. 3, 529, 548, 570, 597). Ist der Rechtsstreit zur mündlichen Verhandlung gelangt, so sorgt regelmäßig das Gericht für sofortige Anberaumung der notwendig werdenden ferneren Termine, sei es zur Fortsetzung der Verhandlung, sei es zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte oder einem anderen Gerichte (§§ 127 Abs. 3, 281, 314, 316, 317, 323, 326, 327, 328, 335, 456, 485, 520, 548). Der beschlossene Beweis wird von Amtswegen auch beim Ausbleiben beider Parteien aufgenommen (§§ 332, 333, 456, 485, 520, 548); die Ladung der Zeugen und Sachverständigen, die Herbeischaffung von Urkunden, welche sich in dem Besitze einer anderen Behörde befinden, erfolgen auf Betreiben des Gerichts (§§ 342, 367, 397, 456, 485, 520).

B) Hinsichtlich der Zustellungen:

1) Im Parteiprozesse kann die Partei den Auftrag zur Vornahme der Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers erteilen (§ 152 Abs. 2); die Inanspruchnahme des Gerichtsschreibers wird in Ermangelung einer gegenteiligen Erklärung der Partei präsumiert (§§ 154, 458).

2) Zustellungen im Auslande, an Exterritoriale und mittels öffentlicher Bekanntmachung hat die Partei — soweit nicht die Nr. 3 Platz greift — zu beantragen; die Ausführung der Zustellung geschieht alsdann von Amtswegen (§§ 182 ff., 186 ff.) und ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers.

3) Nicht verkündete Beschlüsse und nicht verkündete Verfügungen des Gerichts werden den Parteien von Amtswegen zugestellt (§ 294).

C) In der Zwangsvollstreckungsinstanz tritt eine Mitwirkung des Gerichts in erheblichem Umfange ein (vgl. §§ 684 ff., 687, 690, 696, 703, 705, 728 ff., 698 ff., 729 ff., 755 ff., 772 ff., 780 ff. 808 ff. u. a.).

Den in den Motiven erwähnten Modifikationen des Prinzips des Parteibetriebs sind noch die §§ 568 ff., betreffend das Verfahren in Ehesachen, und die §§ 593 ff., betreffend das Verfahren in Entmündigungssachen, beizufügen.

Wegen der Ladungen vgl. noch die Bemerkungen Nr. 1 und 2 vor § 191.

2. Von den Zustellungen, für welche die Vorschriften dieses Titels gelten, sind nach der Terminologie des Gesetzes die in § 70, 125, 171, 204, 327, 329, 330, 351, 463, 603, 623, 634, 669 vorkommenden Mitteilungen zu unterscheiden. Für letztere sind die Vorschriften dieses Titels nicht maßgebend. Dieselben können formlos geschehen.

3. Zustellungen von Amtswegen (§§ 294 Abs. 3, 342, 367, 582, 602, 603, 619, 623) unterliegen den Vorschriften dieses Titels.

4. Wegen der Gebühren für Zustellungen durch die GV. s. GO. f. GV. §§ 2 und 3 in der Fass. d. RG. vom 29. Juni 1881 Art. 1 Nr. 9. Wegen der Gebühren für Vermittelung von Zustellungen durch den Gerichtsschreiber (§§ 152 Abs. 2, 179) s. GKG. in der Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881 Art. 1 Nr. 9.

§ 152.

Die Zustellungen erfolgen durch Gerichtsvollzieher.

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen, in anderen Prozessen nach der Wahl der Partei entweder unmittelbar oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts.

Mot. S. 138—143. KPr. S. 56, 57, 527—529.

1. Zustellung im Sinne des Gesetzes ist Übergabe einer Abschrift oder einer Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstücks unter Beurkundung der erfolgten Übergabe (vgl. Mot. S. 141). Einwerfen eines Schriftstücks in den Briefkasten des Addressaten ist nicht Zustellung. [RG. 20. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 99 S. 342]. Die Zustellungen erfolgen durch die Gerichtsvollzieher. Wegen der Dienst- und Geschäftsverhältnisse der GV. s. GVG. § 155. Nach den in den einzelnen Bundesstaaten erlassenen Gerichtsvollzieherordnungen (ein Verzeichnis derselben s. Sydow CPrO. und GVG. 3. Aufl. bei zu § 155 des GVG.) bemißt sich die örtliche Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher. Die örtliche Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher ist nach den bestehenden Gerichtsvollzieherordnungen durchweg auf den Landgerichtsbezirk ihres amtlichen Wohnsitzes beschränkt, unbeschadet des Rechts, Zustellungen durch die Post im ganzen Deutschen Reiche zu bewirken. Die Fälle, in denen der Gerichtsvollzieher von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist, s. GVG. § 156. Der Mangel der örtlichen Zuständigkeit sowie die Nichtbeachtung des GVG. § 156 hat die Ungültigkeit des Zustellungsaktes zur Folge. Die Ungültigkeit kann aber nach § 267 gehoben werden. [So auch Struckm. Koch N. 1 z. GVG. § 156, Wilm. Levy N. 1 zu GVG. § 156, Gaupp II S. 420. AM. Hellmann Komm. I S. 465.]

2. Der Zustellung durch die Gerichtsvollzieher ist die Zustellung durch die Post (§§ 176

bis 179) gleichgestellt. Unzulässig ist Zustellung im Inland durch andere Personen, sowie Zustellung unter Zuhülfenahme des Telegraphen (Mot. S. 142) [vgl. jedoch RG. 5. Juli 1884 SA. XL Nr. 82].

3. a) Der Auftrag zu Zustellungen ist im Anwaltsprozesse dem Gerichtsvollzieher ohne Vermittelung des Gerichtsschreibers zu erteilen. Der Auftrag kann vom Anwalt oder von der Partei ausgehen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 74). b) Im Parteiprozesse hat die Partei und ihr Bevollmächtigter die Wahl, den Gerichtsvollzieher direkt zu beauftragen oder den Gerichtsschreiber um Vermittelung anzugehen. [Über das Rechtsverhältnis zwischen Partei und Gerichtsschreiber vgl. RG. 21. Juni 1886 Entsch. XVII Nr. 99 S. 391.] Der Gerichtsschreiber hat entweder einen Gerichtsvollzieher zu beauftragen (der Gerichtsvollzieher ist dann Beauftragter der Partei, nicht des Gerichtsschreibers) oder die Zustellung durch die Post (§ 179) zu besorgen. Die Partei, nicht der Gerichtsschreiber, ist als betreibender Teil (§ 174 Nr. 2) anzuführen. c) In dem Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, welches innerhalb eines Anwaltsprozesses angeordnet ist, kann die Vermittelung des Gerichtsschreibers nicht in Anspruch genommen werden. [So auch Struckm. Koch N. 4, Gaupp I S. 425, Petersen S. 269 N. 1 zu § 154. Unrichtig Kleiner I S. 566, v. Sarwey I S. 248 u. 273.]

4. Zustellungen von Amtswegen werden stets durch den Gerichtsschreiber vermittelt. (Mot. z. GVG. S. 182.) Dieser beauftragt entweder einen Gerichtsvollzieher oder besorgt die Zustellung durch die Post (§ 179). Bare Auslagen werden nicht erhoben, s. GKG. § 80b in d. Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881.

§ 153.

Die mündliche Erklärung einer Partei genügt, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so wird bis zum Beweise des Gegenteils angenommen, daß dieselbe im Auftrage der Partei erfolgt sei.

Mot. S. 144, 145. KPr. S. 57, 529.

1. Die Auftragserteilung bedarf keiner Form. Daher kann der Wille, den Gerichtsvollzieher zur Zustellung zu beauftragen, auch durch konkludente Handlungen, (z. B. durch Zusendung der betreffenden Papiere) erklärt werden. Der GV. braucht dem dritten gegenüber die Beauftragung nicht nachzuweisen; er ist durch die Präsumtion des Abs. 2 gedeckt. Bestreitet die als betreibender Teil angeführte Partei die Auftragserteilung, so greift Abs. 2 nicht ein. [So auch Struckm. Koch N. 3, Puchelt I S. 421, Gaupp I S. 427, Petersen S. 269, Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 2. AM. Endemann I S. 524, Bolgiano Handb. S. 345, v. Sarwey I S. 249.]

2. § 153 gilt auch, wenn der GV. durch Vermittelung des Gerichtsschreibers beauftragt wird. Er findet entsprechende Anwendung auf den Fall, daß der Gerichtsschreiber ohne GV. die Zustellung durch die Post besorgt (§ 179). Daß der Text des § 153 darauf nicht Rücksicht nimmt, erklärt sich daraus, daß die Zustellung durch die Post erst in den letzten Entwurf eingefügt wurde.

3. Die ohne Auftrag — z. B. in Folge der irrtümlichen Annahme einer Beauftragung — ausgeführte Zustellung kann von der Partei genehmigt werden und wirkt in diesem Falle, wie wenn der Auftrag vorher erteilt worden wäre. Die ohne Auftrag oder Genehmigung ausgeführte Zustellung ist unwirksam.

§ 154.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, hat dieser einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen, sofern nicht die Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

Mot S. 144. KPr. S. 57, 63, 64, 529.

1. Zustellungen unter Vermittelung des Gerichtsschreibers sind nach § 152 im Parteiprozesse zulässig. Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 152 und die §§ 458, 462.

2. Der Gerichtsschreiber beauftragt im Parteiprozesse — soweit er die Zustellungen nicht unmittelbar durch die Post (§ 179) besorgen läßt — den Gerichtsvollzieher mit der Zustellung und zwar namens der Partei. Es bedarf keiner ausdrücklichen Ermächtigung; es genügt, wenn die Partei, welche eine der Zustellung bedürftige Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegeben hat, nicht erklärt, selbst den Gerichtsvollzieher beauftragen zu wollen. Auf Zustellung von amtsgerichtlichen Urteilen findet § 154 nicht Anwendung [Kurlbaum Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 62 ff., gegen H. Meyer eod. S. 50 ff.; vgl. a. v. Kräwel Ztschr. f. d. CPr. III S. 476, Brettner eod. V S. 495 ff.], wohl aber auf das Mahnverfahren [Drechsler Arch. f. c. Pr. LXII S. 419] und auf das Zwangsvollstreckungsverfahren.

3. Da der Gerichtsschreiber namens der Partei handelt, so haftet nicht er, sondern die Partei für die Gebühren des Gerichtsvollziehers. (Preuß. Gesch.-A. f. GV. § 20.)

§ 155.

Die Partei hat dem Gerichtsvollzieher und, wenn unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben.

Die Zeit der Übergabe ist auf der Urschrift und den Abschriften zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen.

Mot. S. 144, 145. KPr. S. 57, 58, 529.

1. Durch Abs. 1 ist nicht ausgeschlossen, daß die betreibende Partei dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber die Anfertigung der Abschriften überläßt.

2. Der Abs. 2, von der JK. der RT. zugefügt, steht im Zusammenhang mit § 213. Einfluß auf die Gültigkeit der Zustellung hat die Vorschrift nicht. Auch die Wiedereinsetzung nach § 213 ist nicht durch Beobachtung der Vorschrift des § 155 Abs. 2 bedingt; der Beweis der Übergabe innerhalb der in § 213 bezeichneten Frist kann durch andere Beweismittel geführt werden.

§ 156.

Die Zustellung besteht, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in der Übergabe, in den übrigen Fällen in der Übergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.

Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt, bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber.

Mot. S. 144, 152. KPr. S. 59, 530.

1. Zu §§ 156—189. a) Ein Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 156—189 hat die Ungültigkeit der Zustellung zur Folge. Zwar hat die deutsche CPrO. die Ungültigkeit der gegen die bezeichneten Vorschriften verstoßenden Zustellung nicht ausdrücklich ausgesprochen; aber daraus darf nicht gefolgert werden, daß solche Zustellungen gültig seien, weil die CPrO. abweichend von dem französischen System [über dieses vgl. Garsonnet Traitè theorique et pratique de procédure, Paris 1885, II S. 18 ff.] die Ungültigkeit als Folge prozessualischer Verstöße nirgends ausdrücklich hervorgehoben hat. Vielmehr ist davon auszugehen, daß die Beobachtung der im Gesetz enthaltenen (im Gegensatz zu den in bloßen Instruktionen gegebenen) Vorschriften über die Art und Weise, wie eine prozessualische Handlung vorzunehmen ist, wesentlich ist für die Gültigkeit der Prozeßhandlung, soweit nicht das Gesetz ersehen läßt, daß die Beobachtung seiner Vorschriften nicht als Voraussetzung der Gültigkeit behandelt werden soll. Ohne das entscheidende Gewicht auf den nicht immer konformen Sprachgebrauch der CPrO. zu legen [über diesen vgl. Heilblut Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 331 ff., Wach I S. 297 ff.], darf doch darauf verwiesen werden, daß in den Vorschriften über die Zustellung sich nirgends der sonst im Gesetze zu bloß instruktionellen Anweisungen gebrauchte Ausdruck „soll" vorfindet und daß nur im § 171 Abs. 4 die Gültigkeit einer den Vorschriften dieses Paragraphen nicht entsprechenden Zustellung für einen bestimmten Fall ausgesprochen ist. Im allgemeinen besteht auch Einverständnis darüber, daß Zustellungen, welche den Vorschriften des Gesetzes nicht entsprechen, ungültig sind (vgl. a. die zu den §§ 156—189 cit. Entsch. d. RG.). Meinungsverschiedenheit besteht nur darüber, ob die sog. Ersatzzustellung (§§ 166—169) ungültig ist, wenn das Schriftstück zwar einer Person ausgehändigt wurde, an welche es nach dem Gesetze nicht ausgehändigt werden sollte, aber gleichwohl in die Hände des Adressaten gelangte, und ob die Gültigkeit einer Zustellung durch die Errichtung einer den Vorschriften der §§ 174, 175 178 entsprechenden Urkunde bedingt ist. Über die erstere Frage vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 166, über die zweite vgl. Bem. Nr. 8 zu § 174.

b) Die Verletzung einer der Vorschriften über die Art und Weise der Zustellung kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei, an welche zugestellt wurde, auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund der Zustellung stattgefunden oder in welcher auf die Zustellung Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte (§ 267). Auch in Bezug auf die Heilbarkeit der Zustellungsmängel durch Verzicht auf deren Rüge und durch Präklusion der Rüge herrscht in Litteratur und Rechtsprechung im allgemeinen Einverständnis. Nur darüber besteht Meinungsverschiedenheit, ob derartige Heilung der Ungültigkeit auch bei Zustellungen eintritt, durch welche Notfristen (s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191) in Lauf gesetzt oder gewahrt werden sollen. Man glaubt nämlich daraus, daß Notfristen der Parteidisposition entzogen sind und daß deren Einhaltung von Amtswegen zu prüfen ist, folgern zu müssen, daß die Zustellungsmängel in diesen Fällen nicht dem Parteiverzicht und nicht der Präklusion nach § 267 unterliegen. [So Struckm. Koch N. 3 zu § 156, Wilm. Levy N. 1 zu § 156, A. Förster N. 3 zu § 164, vgl. a. RG. 12. Juli 1882 Entsch. VII N. 115 S. 373, 13. Okt. 1882 IX Nr. 118 S. 413, 25. Mai 1883 X Nr. 110 S. 362, in diesen Urteilen ist übrigens diese Rechtsfrage nur beiläufig berührt.] Die Folgerung ist unrichtig; denn darin, daß die thatsächlich geschehene Mitteilung eines Schriftstückes, welche aus irgend welchem Grunde keine ordnungsmäßige Zustellung ist, zufolge des Verhaltens der Parteien vom Gericht nicht mehr auf ihre Ordnungsmäßigkeit geprüft werden kann, liegt keine Partei-

verfügung über die Notfrist. Parteiverfügung kann weder eine Zustellung fingieren [vgl. Entsch. XV S. 375] noch wegfingieren. Aber wenn das, was das Wesen der Zustellung ausmacht, d. i. die Mitteilung eines Schriftstückes, stattgefunden hat, können Mängel des Verfahrens geheilt werden. [So jetzt auch Goldenring Ztschr. f. d. CPr. IX S. 84 ff., Fitting eod. XI S. 24 und S. 51, vgl. a. RG. 13. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 113 S. 388 (beiläufig)].

c) Die Partei, für welche zugestellt worden ist, kann einen Mangel der Zustellung nicht rügen; denn die eigenen Prozeßhandlungen darf die Partei nicht als ungültig anfechten, soweit nicht die Ungültigkeit von Amtswegen zu beachten ist. Dieser Satz, welcher in der franz. Theorie und Praxis anerkannt [vgl. Garsonnet a. a. O. S. 27] und in der Bayer. PrO. v. 1869 Art. 219 ausdrücklich ausgesprochen ist, ist notwendige Konsequenz des in § 267 angenommenen Prinzips. Was speziell die Zustellungen betrifft, so sind die Vorschriften über die Form derselben in erster Linie zum Schutze der Partei gegeben, an welche zugestellt werden soll. Es ist daher die Partei, für welche zugestellt ist, nicht dadurch beschwert, daß die Zustellung nicht ordnungsmäßig erfolgte. [Vgl. jetzt auch Goldenring Ztschr. f. d. CPr. IX S. 101 f.] Das praktische Interesse der Frage zeigt sich z. B. in folgendem Fall: A hat gegen B ein Versäumnisurteil erwirkt. B erhebt Einspruch. Die Zustellung seiner Einspruchsschrift, erfolgt in der Notfrist, ist aber aus irgend welchem Grunde nicht ordnungsmäßig. B bleibt im Termin aus. A rügt die Ordnungswidrigkeit nicht, sondern erwirkt das zweite Versäumnisurteil zur Sache. B kann die Berufung nicht darauf stützen, daß seine Einspruchsschrift nicht ordnungsmäßig zugestellt war [AM. Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 11].

2. Zu § 156 Abs. 1: „Ausfertigungen" sind zuzustellen bei den von Amtswegen erfolgenden Zustellungen [vgl. Fitting Lehrb. S. 93 N.1], so insbesondere bei Zustellungen nach §§ 342 (367), 809 Abs. 2 (Zustellung des Arrestbefehls an den Gesuchsteller, nicht im Falle der Zustellung des Arrestbefehls an den Gegner § 802 Abs. 2), 865. Urteile, welche auf Betreiben der Partei zugestellt werden, sind nicht in Ausfertigung, sondern in Abschrift zuzustellen [vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. X S. 5 N. 13, RG. 29. März 1881 Entsch. III Nr. 128 S. 435].

Wo Zustellung einer Abschrift genügt, sind auch auf mechanischem Wege hergestellte Kopien, z. B. Klatschkopien, zulässig [RG. 9. Febr. 1881 Entsch. IV Nr. 96 S. 355]. Wo die Zustellung einer Abschrift genügt, ist die Zustellung nicht deswegen ungültig, weil eine Ausfertigung zugestellt ist [RG. 10. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 122 S. 425, 5. Febr. 1886 XV Nr. 114 S. 411].

Die Abschrift muß beglaubigt sein. Fehlt die Beglaubigung, so ist die Zustellung ungültig [RG. 20. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 109 S. 362; 14. Okt. 1882 SA. XXXVIII Nr. 173; 21. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 96 S. 347; 13. Okt. 1883 Entsch. IX Nr. 118 S. 413; 22. Nov. 1883 SA. XXXVIII Nr. 344. AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 376 f.]. Wegen Heilung dieser Ungültigkeit s. Bem. Nr. 1. — Nach RG. 12. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 115 S. 372 f., 1. März 1884 XIV Nr. 93 S. 335 genügt die Beglaubigung der Abschrift durch Stempelabdruck des Beglaubigungsvermerks und des (gestempelten) Namens des Anwalts oder Gerichtsvollziehers. — Weicht trotz der Beglaubigung die Abschrift von der Urschrift ab, so ist der Empfänger zu schützen, falls durch den Fehler eine Versäumnis des Empfängers oder sonst ein Nachteil für denselben herbeigeführt ist. Aber die Behauptung der Mot. S. 153, daß für den Empfänger stets die Abschrift als maßgebend angesehen werden müsse, ist unrichtig. [So auch RG. 24. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 128 S. 434; vgl. a. OLG. Dresden in Ztschr. f. d. CPr. VI S. 100.] — Ist in der zuge-

stellten Abschrift einer Ladung die Terminsbestimmung ausgelassen, so ist die Zustellung ungültig; der Mangel kann jedoch nach § 267 gehoben werden [RG. 13. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 113 S. 388].

3. Zu § 156 Abs. 2: Auch im Falle des § 179 erfolgt die Beglaubigung der Abschrift durch den Gerichtsvollzieher. — Daß die Beglaubigung bei einem auf Betreiben eines Rechtsanwalts oder im Anwaltsprozesse zuzustellenden Schriftstück durch den Gerichtsvollzieher statt durch den Anwalt geschehen ist, macht die Zustellung nicht ungültig [RG. 21. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 96 S. 347; 22. Nov. 1883 SA. XXXVIII Nr. 344].

4. Im Falle der KO. § 69 Abs. 1 bedarf es keiner Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.

§ 157.

Die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen, erfolgen für die nicht prozeßfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter derselben.

Bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Personenvereinen, welche als solche klagen und verklagt werden können, genügt die Zustellung an die Vorsteher.

Bei mehreren gesetzlichen Vertretern, sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen derselben.

Mot. S. 145, 146. KPr. S. 58, 529.

1. Wegen Prozeßfähigkeit s. §§ 50 ff. Die Zustellung, welche an eine unter Vormundschaft stehende oder eine minderjährige (§ 51 Abs. 2) unter väterlicher Gewalt stehende Person bewirkt werden soll, hat an deren Vormund bezw. Vater zu erfolgen.

Über Zustellung an andere nicht prozeßfähige Parteien bemerken die Motive:

„Was Behörden, Gemeinden, Korporationen, sowie Personenvereine, welche überhaupt parteifähig sind, anlangt, so gilt auch für sie die Regelvorschrift des Abs. 1 insoweit, als an deren gesetzliche Vertreter die Zustellung mit rechtlicher Wirkung erfolgen kann, und diese zur Annahme von Zustellungen für die vertretene Partei berechtigt und verpflichtet sind. Das Gleiche gilt von solchen Personen, welche im einzelnen Falle, etwa kraft spezieller gesetzlicher oder statutarischer Vorschrift, zur Vertretung jener Personengesamtheiten, sei es im Prozesse im allgemeinen oder für bestimmte Prozesse oder zur Empfangnahme der Zustellungen befugt sind (vgl. z. B. für Handelsgesellschaften die Art. 177, 144, 167, 172, 196, 235, 244 des HGB., für Genossenschaften die §§ 17, 24, 29, 43, 49 des GenGes. vom 4. Juli 1868 u. a.). Obligatorisch aber ist die Zustellung an jene Personen nicht, vielmehr soll nach der Vorschrift des § 150 Abs. 2 die Zustellung an die Vorsteher in jedem Falle genügen, auch wenn diese, sei es generell, sei es ad hoc, nicht die gesetzlichen Vertreter sind (norbb. Prot. I S. 350/351). Hat eine Partei mehrere (gleichberechtigte) gesetzliche Vertreter oder Vorsteher, so braucht aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Zustellung nur an einen derselben zu erfolgen. Die Vorschrift findet ihre weitere Ergänzung in § 172 Abs. 1."

Unwirksam ist die Zustellung, welche die betreibende Partei an sich selbst als den gesetzlichen Vertreter der prozeßunfähigen Gegenpartei vornehmen läßt [RG. 18. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 123 S. 404].

2. Zu Abs. 2: Auf Stiftungen ist Abs. 2 nicht anwendbar; es kann nur an die gesetzlichen Vertreter zugestellt werden.

3. Ein Verstoß gegen § 157 macht die Zustellung ungültig (vgl. Bem. Nr. 6 Abs. 3 zu § 50); aber die Zustellung kann dadurch, daß der gesetzliche Vertreter die an die nicht prozeßfähige Person oder an den nicht zur Vertretung Legitimierten erfolgte Zustellung genehmigt, gültig werden (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 54). Daher ist auch § 267 anwendbar.

4. Soll eine nicht prozeßfähige Person verklagt werden, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, so ist nach § 55 zu verfahren. So lange ein gesetzlicher Vertreter nicht vorhanden ist, können keine Zustellungen an die nicht prozeßfähige Partei erfolgen. Vgl. §§ 219 u. 226.

5. Besondere Bestimmungen über Zustellungen an nicht prozeßfähige Personen im Subhastationsverfahren enthält Preuß. SubhOrdn. § 4 Nr. 2.

§ 158.

Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine erfolgt an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompagnie, Eskadron, Batterie u. s. w.).

Mot. S. 146. KPr. S. 58, 102, 529.

1. Vgl. §§ 4 und 38 des RMilGes. v. 2. Mai 1874 (RGBl. S. 45), ferner die Anlage zum MilStGB. (RGBl. 1872 S. 204). Zustellungen an Offiziere und im Offiziersrang stehende Militärpersonen, sowie an die Mannschaften des Beurlaubtenstandes erfolgen wie Zustellungen an Civilpersonen.

2. Die Zustellung nach § 158 erfolgt an den Chef in dem Sinne, daß die Insinuation mit der Zustellung an den Chef vollendet ist. Der Chef nimmt gewissermaßen als Zustellungsbevollmächtigter die Zustellung in Empfang und befördert sie auf dem Dienstwege weiter (KPr. S. 102). Daher ist die Gültigkeit der Zustellung nicht durch die Weiterbeförderung bedingt; daher bedarf es keines Nachweises, daß die Partei das zuzustellende Schriftstück wirklich erhalten habe. — Daß die Zustellung an den Chef der vorgesetzten Behörde nötigenfalls in seiner Wohnung zu bewirken ist, folgt aus § 169.

§ 159.

Die Zustellung erfolgt an den Generalbevollmächtigten, sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen mit gleicher Wirkung, wie an die Partei selbst.

Mot. S. 146, 147. KPr. S. 58, 529.

1. Litteratur: Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 216 ff.

2. In Prozessen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche kann eine Zustellung, namentlich schon die Zustellung der Klage, für die Partei an den Generalbevollmächtigten erfolgen. Generalbevollmächtigter ist der zur Besorgung aller Vermögensangelegenheiten einer Person von dieser Berufene. (Mot. S. 146.) Es ist nicht nötig, daß die Generalvollmacht die Ermächtigung zur Prozeßführung ausdrücklich enthält. Wenn aber die Befugniß zur Prozeßführung ausdrücklich entzogen wäre, so läge keine Generalvollmacht im Sinne des Gesetzes vor. Der betreibende Teil hat nachzuweisen, daß im Zeitpunkte der Zustellung die Generalvollmacht vorhanden war, wenn die Gegenpartei dies bestreitet. — An einen für einen engeren oder weiteren Kreis von Geschäften Bevollmächtigten, welcher nicht Generalbevollmächtigter oder Prokurist ist, kann die Zustellung nicht erfolgen, wenn auch der Prozeß den demselben zugewiesenen Geschäftskreis betrifft. Aus dem Vorhandensein einer General- oder Spezialvollmacht folgt nämlich noch keineswegs, daß ein dritter befugt ist, sich auf die Vollmacht zu berufen, solange der Bevollmächtigte ihm gegenüber nicht als Bevollmächtigter auftreten will. Ohne die ausdrückliche Bestimmung des § 159 würden Zustellungen auch an den Generalbevollmächtigten oder Prokuristen nicht erfolgen können, wenn dieser nicht erklärt, kraft seiner Vollmacht oder Prokura als Vertreter der Partei auftreten zu wollen. Wenn § 159 Zustellungen an den Generalbevollmächtigten und Prokuristen auch gegen deren Willen gestattet, so liegt darin eine Besonderheit, welche sich aus dem Umfang und der sowohl bei Prokura als auch regelmäßig bei

der Generalvollmacht vorhandenen Publizität der Vertretungsbefugnis rechtfertigt. Natürlich können Spezialvollmachtsträger als Prozeßbevollmächtigte auftreten, soweit ihre Vollmacht sie dazu ermächtigt. Aber der Gegner kann sie nicht als Prozeßbevollmächtigte behandeln, so lange sie nicht ihm gegenüber als solche aufgetreten sind.

3. Der Prokurist hat nach HGB. Art. 42 die Befugnis zur Prozeßführung innerhalb des Betriebs des Handelsgewerbs. Die eigentümliche Stellung des Prokuristen, wie sie ihm durch Art. 42, 43 des HGB. zugewiesen ist, teilt der Handlungsbevollmächtigte (Art. 47—49 des HGB.) nicht. Derselbe ist zur Prozeßführung nur dann ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt ist — Art. 47 des HGB. (Nach den Mot. S. 147). Zustellungen an ihn sind nur dann gültig, wenn ihm die Befugnis zur Prozeßführung erteilt und er als Prozeßbevollmächtigter in dem Prozesse bereits aufgetreten ist.

Der Korrespondenzrheder ist in § 159 nicht genannt, obwohl derselbe nach HGB. Art. 460 berechtigt ist, die Rhederei vor Gericht zu vertreten. Aus der Vertretungsbefugnis des Korrespondenzrheders folgt aber nicht die Befugnis des dritten, ihm Zustellungen für die Rhederei zu machen. Daher kann eine Klage gegen die Rhederei dem Korrespondenzrheder nicht gültig zugestellt werden [vgl. RG. 12. Mai 1880 SA. XXXVI Nr. 79, Kech und Fischer Preuß. Subh. Ordn. S. 638.]

4. Ist ein Prozeßbevollmächtigter für die Instanz bestellt, so ist gemäß § 162 die Zustellung an den Generalbevollmächtigten sowie an den Prokuristen ausgeschlossen.

§ 160.

Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, so kann das Gericht, falls sie nicht einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, auf Antrag anordnen, daß sie eine daselbst wohnhafte Person zum Empfange der für sie bestimmten Schriftstücke bevollmächtige. Diese Anordnung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Wohnt die Partei nicht im Deutschen Reiche, so ist sie auch ohne vorgängige Anordnung des Gerichts zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet, falls sie nicht einen in dem durch den ersten Absatz bezeichneten Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.

Mot. S. 147, 148. KPr. S. 58, 529.

1. Wohnt eine Partei im Deutschen Reiche, so ist mit Rücksicht auf die durch §§ 176 ff. zugelassene Zustellung durch die Post in der Regel ein Zustellungsbevollmächtigter entbehrlich. Wenn aber eine Partei außerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Wohnsitz hat, so kann das Gericht die Benennung eines solchen anordnen. Die Motive führen als Beispiele an, „wenn die Zustellung durch die Post nicht ausführbar ist oder sich als zu zeitraubend erweist." Das richterliche Ermessen hat freien Spielraum in der Beurteilung der Bedürfnisfrage. Zur Anordnung ist Antrag erforderlich. Der Antrag kann vom Kläger und vom Beklagten gestellt werden, aber erst nach der Klagerhebung. Über das Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119, über Zustellung des Beschlusses s. Bem. Nr. 3 zu § 294. Die Entscheidung steht dem Gerichte zu, bei welchem der Streit anhängig ist. Die Entscheidung ist stets unanfechtbar.

2. Verlangt ist die Benennung eines in dem Amtsgerichtsbezirke des Prozeßgerichts wohnhaften Prozeßbevollmächtigten im Gesetze von jeder nicht im Deutschen Reiche wohnenden

Partei (dem Kläger wie dem Beklagten), dgl. von der Nebenpartei, natürlich auch von dem gesetzlichen Vertreter und dem Generalbevollmächtigten. Die Benennung wird auch verlangt, wenn die Partei im Laufe des Prozesses aufhört, im Reiche zu wohnen.

3. „Wohnen" und „wohnhaft sein" im Sinne des § 160 ist nicht identisch mit „Wohnsitz haben", aber auch nicht mit „sich aufhalten", sondern ein Mittelding. Es genügt und ist andererseits erforderlich, daß die Partei bzw. der Prozeßbevollmächtigte eine Wohnung im Sinne der §§ 165 Abs. 2, 166, 167, 169 Abs. 2 in dem betreffenden Bezirke hat.

§ 161.

Der Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen läßt, in diesem zu benennen. Geschieht dies nicht, so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung in der Art bewirkt werden, daß der Gerichtsvollzieher das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post giebt. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Die Postsendungen sind mit der Bezeichnung „Einschreiben" zu versehen, wenn die Partei es verlangt und zur Zahlung der Mehrkosten sich bereit erklärt.

Mot. S. 143. 147, 148. KPr. S. 58, 529.

1. § 161 bezieht sich sowohl auf Abs. 1 wie auf Abs. 2 des § 160.

2. Der Zeitpunkt, bis zu welchem die Benennung des Zustellungsbevollmächtigten erfolgen muß, ist die erste nach dem Eintritt der Verpflichtung folgende gerichtliche Verhandlung und bei vorheriger Zustellung eines Schriftsatzes dessen Zustellung. Der im Ausland wohnende Kläger muß also den Zustellungsbevollmächtigten in der Klage benennen. In der Benennung des Zustellungsbevollmächtigten in der Verhandlung oder in dem Schriftsatze liegt seine Legitimation; ein besonderer Vollmachtsnachweis kann nicht verlangt werden. Die einmal erfolgte Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten gilt für alle Instanzen, einschließlich der Zwangsvollstreckung. Die §§ 82, 83 gelangen dabei zur analogen Anwendung. Die Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten schließt die Zustellung an die Partei nicht aus.

3. a) An die Unterlassung der rechtzeitigen Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten — welcher die Fälle gleichzustellen sind, wenn die Bestellung ohne Ernennung einer anderen Person widerrufen wird oder die Zustellung an die benannte Person nicht ausgeführt werden kann — knüpft der § 161 die Folge, daß die Post als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der säumigen Partei und das Schriftstück mit der Aufgabe zur Post durch den Gerichtsvollzieher als dem Requisiten zugestellt gelten soll, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt (vgl. auch § 683 Abs. 2). Voraussetzung ist, daß die Adresse so, wie sie gewählt wurde, mit Grund gewählt worden ist. Eine Partei, welche im Laufe des Prozesses ihren Wohnort ändert, ohne dies dem Gegner anzuzeigen, muß sich gefallen lassen, daß das zuzustellende Schriftstück noch ferner nach ihrem bisherigen Wohnorte adressiert wird. — Hat die Partei einen Prozeßbevollmächtigten, der aber außerhalb des im § 160 gezogenen Kreises wohnt, so geschieht die Aufgabe der Sendung unter der Adresse des Prozeßbevollmächtigten (§ 162).

b) Die Zustellung durch Aufgabe zur Post ist außer in § 161 noch in §§ 221 Abs. 2, 730 Abs. 2, 736 Abs. 3, in KO. § 69 und RAO. § 19 Abs. 3 (sowie in Preuß. Subh. Ordn. § 4 Nr. 3, Bayer. Subh. Ordn. Art. 19) zugelassen. Dieselbe ist von der Zustellung

durch die Post — § 176 — streng zu scheiden. Für die Zustellung durch Aufgabe zur Post gelten die in § 175 enthaltenen Bestimmungen, für die Zustellung durch die Post jene der §§ 176 ff. Die Zustellung durch Aufgabe zur Post ist vollendet mit der Aufgabe des betreffenden Schriftstücks zur Post; die Zustellung durch die Post erst mit der Behändigung des Schriftstückes an den Adressaten durch den Postboten. Für die Zustellung durch Aufgabe zur Post gelten nicht die in § 177 enthaltenen Vorschriften über die äußere Form des zur Post einzuliefernden Schriftstückes; Verschluß mit dem Dienstsiegel, Bezeichnung mit einer Geschäftsnummer ꝛc. sind also nicht wesentlich. — Die Zustellung durch Aufgabe zur Post bedarf der Mitwirkung des Gerichtsvollziehers. Die Vermittelung durch den Gerichtsschreiber ohne Beiziehung des Gerichtsvollziehers ist nicht zugelassen (arg. a contr. § 179). Frankierung der zur Post gegebenen Sendungen schreibt § 161 nicht vor. Wenn jedoch Briefe in der betreffenden Richtung von der Post unfrankiert nicht befördert werden, so sind sie zu frankieren; denn die Aufgabe zur Post ist mehr, als eine Form; die Sendung soll befördert werden.

c) Die Berechtigung, Zustellungen durch Aufgabe zur Post zu bewirken, hört im Falle des § 161 auf, sobald ein Zustellungsbevollmächtigter oder ein den Zustellungsbevollmächtigten überflüssig machender Prozoßbevollmächtigter aufgestellt wird oder die Partei selbst ihren Wohnsitz an den Ort des Prozeßgerichts oder innerhalb des Amtsgerichtsbezirks verlegt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat. Solange aber der Gegner von solcher Veränderung nichts erfahren hat, gelten die durch Aufgabe zur Post bewirkten Zustellungen.

d) Fehlt es an den Voraussetzungen, unter denen das Gesetz die Zust. durch Aufgabe zur Post gestattet, so ist solche Zustellung ungültig. Die Ungültigkeit kann jedoch nach § 267 gehoben werden. [Im letzteren Punkte ist a. M. OLG. Jena in Ztschr. f. d. CPr. VII S. 99.]

§ 162.

Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen.

Mot. S. 148—150. KPr. S. 58, 529.

1. Die Zustellung der Klageschrift erfolgt an die Partei selbst bzw. die ihr nach §§ 157 bis 159 gleichgestellten Personen. Alle weiteren Zustellungen, auch die der Beschlüsse und Urteile, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten (nicht an dessen Substituten, s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 77) erfolgen. Die Vorschrift gilt auch für das Mahnverfahren. — Zustellungen an den Bevollmächtigten und die Partei s. §§ 217, 223 Abs. 3.

2. Solange dem Gegner der Prozeßbevollmächtigte nicht benannt ist, existiert der Bevollmächtigte für jenen nicht; es erfolgen daher die Zustellungen an die Partei. Im Anwaltsprozeß, wo nach § 84 Abs. 2 die Verpflichtung zur Vollmachtsvorlage erst eintritt, wenn der Gegner den Mangel derselben gerügt hat, muß der Anwalt jedenfalls, solange die Rüge nicht erfolgt ist, als Prozeßbevollmächtigter behandelt, es muß folglich an ihn zugestellt werden; aber auch nach der Rüge des Vollmachtsmangels muß der Anwalt noch in Bezug auf die Zustellungen als Bevollmächtigter behandelt werden, bis der Mangel der Vollmacht feststeht. [So auch Wilm. Levy N. 3, Hellmann Komm. I S. 486. AM. Endemann I S. 541, Gaupp I S. 443.] Im Parteiprozesse dagegen kann auch in Bezug auf die Zustellungen jemand als Bevollmächtigter erst behandelt werden, wenn er entweder Vollmacht nachgewiesen hat oder provisorisch zugelassen ist (§ 85). Ehe der Vollmachtsnachweis geliefert oder die provisorische Zulassung erfolgt ist, ist daher im Parteiprozesse an die Partei zuzustellen. Dieser Satz erleidet im Mahnverfahren gemäß § 643 eine Einschränkung, insofern derjenige, der für einen anderen die Erlassung eines Zahlungsbefehls nachsucht oder Widerspruch erhebt, von dem Gegner ohne Vollmachtsnachweis als Bevollmächtigter auch in Bezug auf Zustellungen behandelt

werden muß. Vorausgesetzt ist jedoch immer, daß der Bevollmächtigte als solcher im Zahlungsbefehl bzw. in der Mitteilung des Widerspruchs dem Gegner benannt worden ist. Vor Erlassung des Vollstreckungsbefehles muß die Vollmacht nachgewiesen d. i. bei Gericht hinterlegt werden. Wird im Vollstreckungsbefehl ein Bevollmächtigter benannt, so hat der Schuldner denselben als solchen zu behandeln, also z. B. ihm, nicht der Partei, den Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl zuzustellen.

Wegen Aufhörens der Legitimation des Bevollmächtigten s. Bem. Nr. 2 zu § 83.

3. Entscheidungen: Kostenfestsetzungsbeschlüsse sind dem Prozeßbevollmächtigten zuzustellen. RG. 4. März 1883 Entsch. IX Nr. 95 S. 329, 26. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 115 S. 392. — Hat der für die Berufungsinstanz bestellte Rechtsanwalt nach Verkündung des Urteils die Anwaltschaft niedergelegt, so ist das Verfahren unterbrochen; das Urteil darf nicht dem Rechtsanwalt der Vorinstanz zugestellt werden. RG. 2. März 1883 Entsch. X Nr. 104 S. 347. — Wenn aus Anlaß einer vom Berufungsgericht wegen Verstoßes gegen § 477 Abs. 2 für wirkungslos erklärten Berufung ein Prozeßbevollmächtigter des Berufungsbeklagten für die zweite Instanz bestellt war, so ist das Urteil erster Instanz nicht diesem, sondern dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz zuzustellen. RG. 27. Febr. 1883 Entsch. IX Nr. 108 S. 367. — Die Hauptinterventionsklage ist dem Prozeßbevollmächtigten des Hauptprozesses zuzustellen. RG. 24. Sept. 1884 Entsch. XV Nr. 124 S. 428. [AM. Weismann Hauptintervention S. 173.] — Das Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs (§ 276) ist dem Anwalt der ersten Instanz auch dann zuzustellen, wenn gegen das Urteil über den Betrag Berufung eingelegt und ein Anwalt für die Berufungsinstanz bestellt war. RG. 2. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 86 S. 354.

4. Zustellungen, welche entgegen der Vorschrift des § 162 an die Partei selbst erfolgen, sind ungültig [vgl. RG. 26. März 1881 Entsch. IV Nr. 118 S. 414, bay. o. LG. SA. XXXVIII Nr. 70 sowie die oben in Bem. Nr. 3 cit. UU. AM. teilweise Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 383]. Es kann jedoch die Befugnis, die Verletzung des § 162 zu rügen, gemäß § 267 verloren gehen. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 156.

5. Auch „Mitteilungen" (s. Bem. Nr. 2 vor § 152) können an den Prozeßbevollmächtigten gerichtet werden.

§ 163.

Als zu der Instanz gehörig sind im Sinne des vorstehenden Paragraphen auch diejenigen Prozeßhandlungen anzusehen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte infolge eines Einspruchs, einer Aufhebung des Urteils des Instanzgerichts, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte ist als zur ersten Instanz gehörig anzusehen.

Mot. S. 148—150. KPr. S. 58, 529.

1. Aus § 78 ergiebt sich, daß Zustellungen in dem eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren an dem im Hauptprozesse aufgestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen. Durch § 163 wird klargestellt, daß auch die Zustellungen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines Einspruchs (§§ 303 bis 311), einer Aufhebung des Urteils des Instanzgerichts (§§ 500, 510, 527, 528), eine Wiederaufnahme des Verfahrens (§§541—554) oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz (§§ 686, 687, 690, 710) betreffen, an den Prozeßbevollmäch-

tigten der Instanz geschehen müssen. Nach der Terminologie des Gesetzes gehören zu dem Verfahren in Folge eines Einspruchs, einer Wiederaufnahme oder eines neuen Vorbringens in der Vollstreckungsinstanz schon die dieses Verfahren einleitenden Prozeßhandlungen; es muß also schon der Einspruch, die Restitutions- und Nichtigkeitsklage, die Klage nach §§ 686, 687, 690, 710 dem Prozeßbevollmächtigten der Instanz zugestellt werden. [AM. Petersen Ztschr. f. d. CPr. IX S. 362 ff. Dagegen Voß Arch. f. d. CPr. LXXI S. 280.] Daß auch die Klagen nach §§ 667 und 764 dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz zuzustellen sind, ist in § 163 nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber daraus, daß die Vollmacht der ersten Instanz die Vollmacht zu den Prozessen in der Zwangsvollstreckung umfaßt. [Bezügl. der Klage nach § 764 vgl. OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 277.]

2. Da das Vollstreckungsgericht nicht mit Prozeßgericht identisch sein muß, so kann es vorkommen, daß der Prozeßbevollmächtigte weit entfernt vom Orte des Vollstreckungsgerichts wohnt. Gleichwohl sind die Zustellungen stets an den Prozeßbevollmächtigten zu bethätigen; dieser braucht nicht mit Rücksicht auf die Entfernung vom Vollstreckungsgericht einen Zustellungsbevollmächtigten aufzustellen. Wird für einen vor dem Vollstreckungsgericht zu führenden Rechtsstreit ein anderer als der ursprüngliche Prozeßbevollmächtigte bestellt, so gehen die Zustellungen, welche diesen Rechtsstreit betreffen, an den hierfür bestellten Prozeßbevollmächtigten.

§ 164.

Die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, erfolgt an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten; wenn ein solcher noch nicht bestellt ist, an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz in Ermangelung eines solchen an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz.

Ist auch kein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz vorhanden, so erfolgt die Zustellung an den von dem Gegner, wenngleich nur für die erste Instanz, bestellten Zustellungsbevollmächtigten; in Ermangelung eines solchen an den Gegner selbst, und zwar an diesen durch Aufgabe zur Post, wenn er einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen hatte, die Bestellung aber unterlassen hat.

Mot. S. 148–150. KPr. S. 58, 59, 529, 530.

1. Die bei Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, einzuhaltende Reihenfolge ist: a) Prozeßbevollmächtigter der Rechtsmittelinstanz — b) Prozeßbevollmächtigter der zunächst nachgeordneten Instanz — c) Prozeßbevollmächtigter der ersten Instanz — d) Zustellungsbevollmächtigter der Partei — e) Partei — f) Post, wenn die Partei einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen hatte, aber nicht benannt hat (§§ 160, 161).

Einzelnes: Daß ein Prozeßbevollmächtigter für die Rechtsmittelinstanz von dem Gegner dessen, welcher das Rechtsmittel einlegt, bereits bestellt ist, kommt insbesondere dann vor, wenn seitens des Gegners ein Rechtsmittel gegen dasselbe Urteil eingelegt wurde. Auch das ist möglich, daß jemand in der Voraussicht, daß der Gegner ein Rechtsmittel ergreifen werde, für die Rechtsmittelinstanz einen Prozeßbevollmächtigten bestellt und die Bestellung dem Gegner anzeigt. Ist derartiges geschehen, so hat die Zustellung des Schriftsatzes, durch welche das Rechtsmittel eingelegt wird, an den Prozeßbevollmächtigten der Rechtsmittelinstanz zu erfolgen. [Vgl. RG. 20. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 105 S. 376, 12. Mai 1887 XVIII Nr. 89 S. 395.] Aber darin, daß eine Partei aus Anlaß einer früheren Rechtsmittelein-

legung des Gegners einen Prozeßbevollmächtigten für die Rechtsmittelinstanz bestellt hatte, liegt keine Bestellung zum Prozeßbevollmächtigten für den Fall weiterer Rechtsmitteleinlegung; denn die Vollmacht wird für die Instanz erteilt und wiederholte Rechtsmitteleinlegung in demselben Prozeß eröffnet jedesmal die Instanz aufs neue. Ist eine Rechtsmitteleinlegung wegen Verstoßes gegen das Prozeßgesetz (z. B. weil das Urteil noch nicht zugestellt war, § 477 Abs. 2, § 514 Abs. 2) ungültig, so hat also die Zustellung des Schriftsatzes, durch welche das Rechtsmittel aufs neue gegen dasselbe Urteil eingelegt wird, nicht an den aus Anlaß der früheren Rechtsmitteleinlegung vom Gegner bestellten Bevollmächtigten der Rechtsmittelinstanz, sondern an den nächsten in obiger Reihe zu erfolgen. [So auch RG. 22. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 108 S. 369 für einen Fall, in welchem das Rechtsmittel wegen des prozessualischen Fehlers bereits rechtskräftig zurückgewiesen wurde. AM. RG. 18. Febr. 1885 Entsch. XIV Nr. 99 S. 350 ff. für den Fall, daß über das zuerst eingelegte Rechtsmittel noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Die letztere Entscheidung dürfte unrichtig sein. Jede Rechtsmitteleinlegung eröffnet die Instanz. Die Vollmacht gilt nur für die eröffnete Instanz. Vgl. Wach I S. 576 N. 27.] Ebenso hat die Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen ein Rechtsmittel eingelegt wird, nachdem gegen ein anderes Urteil in demselben Prozesse (Zwischenurteil, Teilurteil, Endurteil) bereits ein Rechtsmittel eingelegt worden ist, nicht an den aus Anlaß der ersten Rechtsmitteleinlegung vom Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten, sondern an den nächsten in obiger Reihe (also an den Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanz ꝛc.) zu erfolgen [Vgl. RG. 19. Mai 1883 Entsch. IX Nr. 103 S. 353, 20. Juni 1885 XIV Nr. 104 S. 371 ff., 2. Juni 1886 XVI Nr. 87 S. 354 f., 19. Okt. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 109, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 494. AM. RG. 25. Okt. 1882 SA. XXXIX Nr. 55 für den Fall, daß zuerst ein Zwischenurteil angefochten und dieses Verfahren noch rechtshängig war, als gegen das Endurteil Rechtsmittel eingelegt wurde. Letztere Entscheidung dürfte aus dem oben angegebenen Grunde unrichtig sein.] Ist dem Prozeßbevollmächtigten der Partei, von welchem die Einlegung des Rechtsmittels betrieben wird, nicht bekannt, daß der Gegner bereits einen Prozeßbevollmächtigten für die Rechtsmittelinstanz bestellt hat, und ist diese Unkenntnis nicht von ihm oder seiner Partei verschuldet, so erfolgt die Zustellung gültig an den nächsten in der Reihe. [Vgl. RG. 20. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 97 S. 358, 27. April 1883 IX Nr. 100 S. 346, 18. Febr. 1885 XIV Nr. 99 S. 351, 20. Juni 1885 XIV Nr. 104 S. 374 ff., 2. Juni 1886 XVI Nr. 87 S. 355, 12. Mai 1887 XVIII Nr. 89 S. 396. — Das in der Berufungsinstanz ergangene Versäumnisurteil ist dem Prozeßbevollmächtigten erster Instanz (nicht der Partei) zuzustellen, wenn die Partei einen Prozeßbevollmächtigten für die Berufungsinstanz nicht bestellt hatte. [RG. 9. März 1883 Entsch. VIII Nr. 126 S. 427.] Ist der Rechtsanwalt der ersten Instanz nach Zustellung der Urteils weggefallen, so ist der Rechtsmittelschriftsatz der Partei zuzustellen [RG. 8. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 76 S. 310]. Vgl. dazu Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 221.

2. § 164 findet entsprechende Anwendung auf die Zustellung von Rechtsmittelschriftsätzen an den Staatsanwalt im Ehe- und Entmündigungsverfahren. Die Zustellung hat an den Staatsanwalt der Rechtsmittelinstanz zu erfolgen [RG. 16. Mai 1887 Entsch. XVIII Nr. 94 S. 405, 30. Juni 1887 eod. S. 407 Note].

3. Ein Verstoß gegen die Vorschriften des § 164 macht die Zustellung nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze ungültig; die Ungültigkeit kann nach § 267 gehoben werden.

§ 165.

Die Zustellungen können an jedem Orte erfolgen, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird.

Hat die Person an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so ist die außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals an sie erfolgte Zustellung nur gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530.

1. § 165 betrifft die Zustellung zu eigenen Händen des Adressaten; die Ersatzzustellung ist in den §§ 166—169 geregelt. Die Zustellung zu eigenen Händen des Adressaten kann an jedem in den Grenzen des Reichs gelegenen Ort, d. i. Ansiedelung (Stadt, Dorf, Gehöft 2c.), nicht auf der Landstraße außerhalb der Ansiedelung erfolgen [so auch Struckm. Koch N. 1, Gaupp I S. 447, im Anschl. an Mot. S. 151 und norbd. Prot. S. 356. AM. Wilm. Levy N. 1, welche den Ausdruck „Ort" in Abs. 1 des § 165 im Sinne von Örtlichkeit verstehen] ohne Rücksicht darauf, ob der Adressat an dem Orte wohnt. Wird die Zustellung an den Adressaten selbst an einem Orte versucht, wo er eine Wohnung oder ein Geschäftslokal hat, so kann er die Annahme der Zustellung außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals verweigern. — „Wohnung" ist hier wie in den §§ 165 Abs. 2, 166, 167, 169 Abs. 2 (vgl. a. Bem. Nr. 3 zu § 160) nicht identisch mit Wohnsitz. Wohnung ist die Stätte (das Haus, der Teil des Hauses, die Bretterbude, das Schiff 2c.), wo jemand für gewöhnlich zu schlafen pflegt. Nach Umständen kann die Wohnung jemandes im Gasthofe (vgl. Mot. S. 151) oder im Hause des Gastfreundes sein. Es kann jemand eine Wohnung an einem Orte haben, wo er keinen Wohnsitz hat. — „Geschäftslokal" ist die Stätte, wo jemand für gewöhnlich seinen Berufsgeschäften obliegt [vgl. RG. 22. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 85 S. 349].

Hat der Adressat an dem Orte, wo er von dem Gerichtsvollzieher oder Postboten angetroffen wird, weder Wohnung noch Geschäftslokal, so kann die Annahme nicht verweigert werden. Die Zustellungsbeamten sollen nicht unpassende Stätten und unpassende Gelegenheiten zur Zustellung wählen (vgl. Mot. S. 151, wo Kirchen und andere gottesdienstliche Gebäude als unpassende Stätten bezeichnet werden; ferner Preuß. GA. f. GV. § 24). Übrigens ist nicht bloß die Zustellung, welche der Adressat an einer unpassenden Stätte angenommen hat, gültig, sondern der Adressat, welcher an dem Orte, wo er angetroffen wird, weder Wohnung noch Geschäftslokal hat, kann die Annahme deswegen, weil die Stätte unpassend ist, nicht verweigern. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 170. Daß er sich gegen den Gerichtsvollzieher beschweren kann, ist eine andere Sache. — Wer an dem Orte der Zustellung Wohnung oder Geschäftslokal hat, verliert die Befugnis, die Annahme einer Zustellung außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals zu verweigern, nicht dadurch, daß die Zustellung in der Wohnung oder in dem Geschäftslokal vergeblich versucht wurde.

2. Einer Feststellung, daß bei einer außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals erfolgten Zustellung die Annahme nicht verweigert ist, bedarf es nicht, da gemäß § 174 Nr. 5 die Verweigerung der Annahme in der Zustellungsurkunde festgestellt sein müßte.

§ 166.

Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung in der Wohnung an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen.

Wird eine solche Person nicht angetroffen, so kann die Zustellung an den in demselben Hause wohnenden Hauswirt oder Vermieter erfolgen, wenn diese zur Annahme des Schriftstücks bereit sind.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530

1. Die §§ 166—170 regeln die Ersatzzustellung, d. i. die Zustellung, bei welcher die für den Adressaten bestimmten Schriftstücke einer anderen Person mit derselben Wirkung behändigt oder bei ihr zurückgelassen werden, wie wenn sie dem Adressaten behändigt worden wären. Die Gültigkeit der Ersatzzustellung ist nicht dadurch bedingt, daß das zugestellte Schriftstück an die Person, an welche zugestellt werden soll, befördert werde.

Erfolgt eine Ersatzzustellung an eine Person, an welche sie unter den gegebenen Umständen nicht hätte erfolgen dürfen, so ist die Zustellung ungültig. Sie wird auch nicht dadurch gültig, daß das zuzustellende Schriftstück nachträglich in die Hände dessen, für den es bestimmt war, gelangte. Doch kann seitens des letzteren auf die Rüge des Mangels verzichtet und es kann die Befugnis, den Mangel zu rügen, nach § 267 präkludiert werden (vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 156). Daß die Ersatzzustellung an eine Person, an welche sie nach den Umständen nicht hätte erfolgen dürfen, an und für sich ungültig und daß Heilung dieser Ungültigkeit durch Verzicht und Präklusion möglich ist, wird allgemein anerkannt. Dagegen besteht Meinungsverschiedenheit über den Fall, in welchem das Schriftstück an jemand ausgehändigt wurde, an welchen die Ersatzzustellung nicht hätte erfolgen dürfen, aber gleichwohl rechtzeitig in die Hände dessen gelangte, für den es bestimmt war. In einem solchen Fall liegt es nahe, anzunehmen, daß die Zustellung nicht als ungültig angefochten werden könne, weil die Partei durch den Verstoß gegen die Vorschriften über Ersatzzustellung keinen Nachteil erlitten hat. Insbesondere wird auf den Fall verwiesen, daß eine Ladung unrichtig zugestellt, aber gleichwohl an die Partei gelangt und die Partei im Termine erschienen ist; die erschienene Partei soll nicht die Befugnis haben, den Mangel der Zustellung zu rügen. Aber auch in diesen Fällen dürfte die Rüge der Ungültigkeit zulässig sein. Die Regeln über Ersatzzustellung sind dem franz. Prozeßrecht nachgebildet. Der C. de proc. art. 70 sagt ausdrücklich, daß die betreffenden Vorschriften einzuhalten seien à peine de nullité. Wenn die RCPrO. die Ungültigkeit nicht androht, so erklärt sich das daraus, daß solche Androhungen überhaupt nicht im Gesetze ausgesprochen werden. Bei der Beratung, aus welcher der Nordd. Entw. hervorging, wurde die Frage besprochen, aber nicht entschieden (Nordd. Prot. II S. 366, cit. in Ztschr. f. d. CPr. I S. 76 und in Entsch. XVII S. 407 f.); die daselbst gemachte Unterscheidung zwischen Mängeln der Form und Mängeln des Inhalts der Zustellung ist nicht haltbar. Da die Gültigkeit einer Ersatzzustellung darauf beruht, daß unter gewissen Umständen eine andere Person zur Empfangnahme der Zustellung für den Adressaten ermächtigt wird, so ist unrichtige Ersatzzustellung ebenso wie eine Zustellung an eine Person, die irrtümlich als Bevollmächtigter der Partei angesehen wurde, zu behandeln; es kann daher soweit nicht in dem Verhalten der Partei Genehmigung der Zustellung liegt oder Präklusion der Rüge nach § 267 eingetreten ist, die Ungültigkeit auch von der erschienenen Partei gerügt werden. [So auch Struckm. Koch 5. Aufl. N. 2 vor § 166, Wilm Levy N. 1 zu § 156 und N. 1 zu § 166, Gaupp I S. 450, Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 63 ff., RG. 21. Juni 1884 Entsch. XIII Nr. 83 S. 337, 12. Nov. 1884 XIV Nr. 95 S. 338; vgl. a. Wernz Komm. z. Bay. PrO. Art. 218 S. 223. AM. Petersen Ztschr. f. d. CPr. I S. 70 ff., Komm. S. 293 und RG. 18. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 101 S. 403 ff.]

2. Ersatzzustellung nach § 166 setzt voraus, daß der Adressat eine Wohnung (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 1 zu § 165) hat, daß der GV. oder Postbote in der Wohnung sich einstellt und den Adressaten nicht antrifft. Durchsuchen muß der GV. die Wohnung nicht. Über das Nichtantreffen ist Konstatierung nötig (§ 174 Nr. 4). Diese ist öffentliches Zeugnis (§ 383), liefert daher vollen Beweis. Gegenbeweis ist aber zulässig. Wird der Adressat in seiner Wohnung nicht angetroffen, so kann zunächst in der Wohnung den in Abs. 1 genannten Personen und erst, wenn auch solche nicht angetroffen werden, den

in Abs. 2 genannten ersatzweise zugestellt werden. Wird die Zustellung nach Abs. 2 ausgeführt, so ist zu konstatieren (§ 174 Nr. 4), daß auch keine der in Abs. 1 bezeichneten Personen in der Wohnung angetroffen wurden. Von dieser Konstatierung gilt, was oben von der Konstatierung des Nichtantreffens des Adressaten gesagt ist.

3. Zu Abs. 1: Ein „zu der Familie gehörender Hausgenosse" ist, wer dauernd (nicht bloß auf Besuch) mit dem Adressaten zusammen wohnt und thatsächlich mit der Familie des Adressaten zusammen lebt. Verwandtschafts-, Schwägerschafts-, Pflegschaftsverhältnis wird meist vorhanden sein, ist aber nicht wesentlich. Verwandtschaft ohne Hausgenossenschaft genügt nicht. Ein Zimmerherr gehört nicht zur Familie. (Vgl. KPr. S. 59). „Erwachsen" ist im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs zu verstehen. Eine bestimmte Altersgrenze läßt sich nicht fixieren. [Vgl. RG. 12. Nov. 1887 Entsch. XIV Nr. 95 S. 338, wo die Zustellung an einen elfjährigen Knaben als ungültig behandelt wird.] „In der Familie dient", wer dauernd der Familie seine Dienste leistet; ein in der Familie vorübergehend beschäftigter Lohndiener dient nicht „in der Familie". Hausgenossenschaft des Bediensteten ist nicht erforderlich (KPr. S. 530). Der Bedienstete muß erwachsen im angegebenen Sinne sein.

An die in Abs. 1 des § 166 bezeichneten Personen kann ersatzweise zugestellt werden, auch wenn dieselben sich weigern, das Schriftstück anzunehmen. In solchem Falle ist nach § 170 zu verfahren. Die an eine der in Abs. 1 genannten Personen durch den Postboten erfolgte Ersatzzustellung ist gültig, auch wenn die betreffende Person Prozeßgegner des Adressaten ist [RG. 28. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 102 S. 409].

4. Zu Abs. 2: Wer Hauswirt oder Vermieter ist, ist thatsächliche Frage. An diese Personen kann nicht nach § 170 sondern nur, wenn sie zur Annahme des Schriftstücks bereit sind, zugestellt werden. Zustellung an die Familienangehörigen des Hauswirts oder Vermieters ist nicht gestattet.

5. Die Ordnungsmäßigkeit einer nach § 166 erfolgten Ersatzzustellung ist nicht dadurch bedingt, daß der Requisit kein Geschäftslokal hat. Ebenso wenig ist es nötig, daß Zustellung nach § 168 versucht werde, ehe zur Zustellung nach § 166 geschritten wird. Eine Ausnahme hiervon ist in § 169 Abs. 2 bezüglich der in § 169 Abs. 1 bezeichneten Personen gemacht.

§ 167.

Ist die Zustellung nach diesen Bestimmungen nicht ausführbar, so kann sie dadurch erfolgen, daß das zu übergebende Schriftstück auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts, in dessen Bezirke der Ort der Zustellung gelegen ist, oder an diesem Orte bei der Postanstalt oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher niedergelegt und die Niederlegung sowohl durch eine an der Thüre der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige, also auch, soweit thunlich, durch mündliche Mitteilung an zwei in der Nachbarschaft wohnende Personen bekannt gemacht wird.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530.

1. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 167 ist, daß derjenige, für welchen die Zustellung bestimmt ist, an dem Orte der Zustellung eine Wohnung (über den Begriff Wohnung s. Bem. Nr. 1 Abs. 1 zu § 165) hat und daß die Zustellung nach § 166 unausführbar ist. Es ist nicht erforderlich, daß zuerst versucht wird, nach § 168 zuzustellen. Über das Verhältnis des § 167 zu § 169 vgl. Bem. Nr. 1 zu § 169.

2. Der Gerichtsvollzieher hat zwischen den verschiedenen Modalitäten der Niederlegung des Schriftstücks — auf der Gerichtsschreiberei des Amtsbezirks oder an dem Orte der Zustellung bei der Postanstalt oder bei dem Gemeindevorsteher oder bei dem Polizeivorsteher — freie Wahl. Ungültigkeit der Zustellung kann daraus, daß das zuzustellende Schriftstück an einem andern der bezeichneten Orte zweckmäßiger niederzulegen gewesen wäre, nicht gefolgert werden.

Über die Behandlung der auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts niedergelegten Schriftstücke s. Preuß. JMVerf. v. 7. Jan. und 29. April 1880 (JMBl. S. 6 und 95). — Über die Behandlung der bei der Postanstalt niedergelegten Schriftstücke s. Verf. d. Gen.-Postm. v. 29. Dez. 1879 (Amtsbl. d. Post- und Tel.-Verw. S. 471), Verf. d. Staatssekr. d. RPostamts v. 19. April 1880 (Amtsbl. d. RPostamts S. 143). — Über die Behandlung der bei dem Gemeinde- oder Polizeivorsteher niedergelegten Schriftstücke s. Preuß. Verf. d. M. d. J. v. 14. April 1880 (JMBl. S. 96); Bayer. Bek. v. 16. Aug. 1879 (G. und VBl. S. 1001). Über die Behandlung dieser Schriftstücke in Württemberg: Verf. v. 29. Sept. 1880 (RgBl. S. 209).

3. Eine Form ist für die an der Thür der Wohnung zu befestigende Anzeige nicht vorgeschrieben. Zweckmäßiger Weise wird die Anzeige eine kurze Bezeichnung des Schriftstücks, welches zugestellt wird, nebst Angabe der Prozeßparteien enthalten. Die Angabe des Orts, wo die Zustellung niedergelegt wird, muß in der Anzeige enthalten sein. Das Niederlegen der Schriftstücke kann vor und nach der Anheftung geschehen. Beendigt ist der Zustellungsakt erst, wenn beides geschehen ist.

Für die Bekanntgabe an die Nachbarn ist keine Form bestimmt. Dieselbe wird regelmäßig mündlich erfolgen. Da die Bekanntgabe an die Nachbarn nur „soweit thunlich" vorgeschrieben, so kann die Unterlassung derselben die Gültigkeit der Zustellung nicht beeinträchtigen.

§ 168.

Für Gewerbetreibende, welche ein besonderes Geschäftslokal haben, kann, wenn sie in dem Geschäftslokale nicht angetroffen werden, die Zustellung an einen darin anwesenden Gewerbegehülfen erfolgen.

Wird ein Rechtsanwalt, welchem zugestellt werden soll, in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen, so kann die Zustellung an einen darin anwesenden Gehülfen oder Schreiber erfolgen.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530.

1. Der Gerichtsvollzieher hat die Wahl zwischen der Zustellung in der Wohnung nach § 166 (eventuell nach § 167) und der Zustellung im Geschäftslokal. Er kann nachdem die Zustellung nach § 166 vergeblich versucht ist, zur Zustellung nach § 168 übergehen. — Die Unmöglichkeit einer Zustellung im Geschäftslokal (§ 168) genügt noch nicht, um zur Zustellung nach § 167 überzugehen; es muß die Zustellung nach § 166 vergeblich versucht worden sein, um nach § 167 zu verfahren.

2. Zu Abs. 1: a) Der Begriff „Gewerbetreibende" ist nach dem gemeinen Sprachgebrauch aufzufassen. Ob der Betreffende unter die Bestimmungen der Reichs-Gewerbeordnung fällt, ist gleichgültig. Auch Kaufleute, Fabrikanten, Apotheker sind Gewerbtreibende.

b) Über den Begriff „Geschäftslokal" s. Bem. Nr. 1 Abs. 1 a. E. zu § 165. Es macht keinen Unterschied, ob das Geschäftslokal von dem Adressaten allein oder mit anderen zusammen benutzt wird [RG. 22. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 85 S. 350]. Ist das Geschäftslokal ein besonderes, d. i. außerhalb der Wohnung gelegenes, so ist hier eine Ersatzzu-

stellung nur an die Gewerbegehülfen, nicht auch an Familienangehörige, Dienstboten, den Hauswirt ꝛc. (§ 166) möglich. Liegt dagegen das Geschäftslokal innerhalb der Wohnung des Geschäftstreibenden, so ist Ersatzzustellung sowohl an die Gewerbegehülfen wie auch an die in § 166 bezeichneten Personen möglich [RG. 23. Mai 1883 Entsch. X Nr. 109 S. 360.]

c) Wer „Gewerbegehülfe" ist, ist eine thatsächliche Frage. Gesellen (ohne Unterschied, ob sie auf Stücklohn oder Tagelohn arbeiten), Buchhalter, Comptoiristen, Verkäufer, Commis (auch sog. Volontärs) fallen unter den Begriff; nicht Fabrikarbeiter.

3. Zu Abs. 2: Über den Begriff „Geschäftslokal" s. Bem. Nr. 1 Abs. 1 a. E. zu § 165. Liegt das Geschäftslokal des Anwalts außerhalb der Wohnung desselben, so ist nur Ersatzzustellung an dessen Gehülfen oder Schreiber zulässig, nicht auch an die in § 166 bezeichneten Personen [RG. 12. Juli 1882 SA. XXXVIII Nr. 175 erklärt die Zustellung an einen im Geschäftslokal anwesenden Dienstboten für ungültig.] Liegt dagegen das Geschäftslokal innerhalb der Wohnung des Rechtsanwalts, so ist Ersatzzustellung nach § 166 wie auch nach § 168 zulässig (s. o. Bem. Nr. 2 litt. b). Zustellung an einen Gehülfen oder Schreiber des Rechtanwalts außerhalb des Geschäftslokals ist ungültig [RG. 9. Jan. 1882 SA. XXXVII Nr. 254]. Als Gehülfe eines Rechtsanwalts ist auch ein Referendar zu betrachten, welcher regelmäßig zu Hause schriftliche Arbeiten für den Rechtsanwalt anfertigt und die Vertretung des Rechtsanwalts vor den Amtsgerichten häufig übernimmt [RG. 10. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 122 S. 427]; natürlich muß der Referendar im Geschäftslokale anwesend sein.

§ 169.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Personenvereins, welchem zugestellt werden soll, in dem Geschäftslokale während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen, oder ist er an der Annahme verhindert, so kann die Zustellung an einen anderen in dem Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher in seiner Wohnung nicht angetroffen, so finden die Bestimmungen der §§ 166, 167 nur Anwendung, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist.

Mot. S. 150–152. KPr. S. 59, 530.

1. Für den gesetzlichen Vertreter oder Vorsteher (vgl. § 157 Abs. 2) einer Behörde einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Personenvereines ist in Bezug auf die Ersatzzustellung die Ausnahme gemacht, daß für ihn bestimmte Zustellungen nur, wenn derselbe kein Geschäftslokal hat, in der Wohnung nach §§ 166, 167 erfolgen dürfen. In Bezug auf Zustellung zu seinen eigenen Händen gilt § 165; er kann also die in seiner Wohnung zu eigenen Händen erfolgende Zustellung nicht unter Verweisung auf sein Geschäftslokal zurückweisen.

2. Wird in dem Geschäftslokale niemand angetroffen, an den die Zustellung nach § 168 erfolgen könnte, so bleibt nichts übrig, als dieselbe entweder zu anderer Zeit im Geschäftslokale oder in der Wohnung zu eigenen Händen des Requisiten auszuführen.

§ 170.

Wird die Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund verweigert, so ist das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückzulassen.

Mot. S. 150–152. KPr. S. 59, 530.

1. § 170 gilt für die Zustellung zu eigenen Händen des Adressaten, wie für Ersatzzustellungen nach § 166 Abs. 1, 168, 169.

2. Ein gesetzlicher Grund zur Verweigerung der Annahme besteht a) für den Adressaten der Zustellung (Requisiten) selbst, wenn die Zustellung an einem Orte, wo derselbe Wohnung oder Geschäftslokal hat, außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals versucht wird. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 165. b) Für denjenigen, welchem als Ersatzmann des Requisiten zugestellt werden soll, wenn die Voraussetzungen zur Ersatzzustellung (§§ 166—169) fehlen. c) Für beide, wenn die Zustellung, entgegen der Vorschrift des § 171, an einem Sonn- oder Feiertage ohne richterliche Erlaubnis oder, sofern Zustellungen zur Nachtzeit verboten sind — vgl. § 171 Bem. Nr. 5 —, zur Nachtzeit versucht wird. Dagegen kann derjenige, welchem zugestellt werden soll, die Annahme der Zustellung nicht deswegen verweigern, weil einer anderen Person (z. B. dem Prozeßbevollmächtigten) zuzustellen wäre. Die richtige Wahl der Person, an welche zuzustellen ist, ist Sache des betreibenden Teils. Ein Fehlgriff geschieht auf seine Gefahr.

3. Im Falle der Verweigerung der Annahme ist die nach § 174 Nr. 5 vorgeschriebene Konstatierung vorzunehmen. Eine Angabe des Grundes der Verweigerung ist nicht vorgeschrieben. Die Zustellung nach § 170 an eine Person, welche zur Verweigerung der Annahme einen gesetzlichen Grund hat, ist nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze ungültig.

§ 171.

An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Zustellung, sofern sie nicht durch Aufgabe zur Post bewirkt wird, nur mit richterlicher Erlaubnis erfolgen.

Die Erlaubnis wird von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erteilt; sie kann auch von dem Amtsrichter, in dessen Bezirke die Zustellung erfolgen soll, und in Angelegenheiten, welche durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu erledigen sind, von diesem erteilt werden.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubnis erteilt wird, ist bei der Zustellung abschriftlich mitzuteilen.

Eine Zustellung, bei welcher die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht beobachtet sind, ist gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530.

1. Welche Tage als allgemeine Feiertage zu betrachten sind, bemißt sich nach dem Rechte des Orts der Zustellung (Mot. S. 151). Bestimmungen darüber enthalten: Preuß. Edikt v. 12. März 1754, V. v. 28. Jan. 1773, V. v. 4. März 1789 (Feiertage sind danach für Preußen: Weihnachten, Ostern, Pfingsten, je zwei Tage, Neujahr, Bußtag, Charfreitag, Himmelfahrt); Württemb. V. v. 28. Juni 1849 und AG. z. GVG. Art. 135; Hess. AG. z. CPrO. Art. 2; Sachs.-Weim.-Eisenach AG. z. CPr. § 3; Sachs.-Altenb. AG. z. CPrO. § 6; Sachs.-Kob.-Gotha AG. z. CPrO. § 4; Sachs.-Meiningen AG. z. CPrO. § 4; Reuß ä. L. AG. z. CPrO. § 8; Reuß j. L. AG. z. CPrO. § 4; Schwarzb.-Sonderh. AG. z. CPrO. § 3; Lippe AG. z. CPrO. § 3. Sind gesetzliche Bestimmungen darüber nicht vorhanden, so entscheidet der Ortsgebrauch.

2. Die Erlaubnis zur Zustellung an Sonn- und Feiertagen ist nach freiem Ermessen des Gerichts, jedoch nur in Ausnahmefällen zu erteilen (Mot. S. 151); Gefahr im Verzug wird die regelmäßige Voraussetzung zur Erteilung der Erlaubnis sein. Gebührenfreiheit: GKG. § 47 Nr. 12; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1 und 29 Nr. 6.

3. § 171 findet nicht Anwendung auf Zustellungen durch Aufgabe zur Post (s. Bem.

Nr. 3 zu § 161), nicht auf die Übergabe des zuzustellenden Schriftstückes an die Post (§ 177), nicht auf Zustellungen durch die Postboten (§§ 176, 179). Letzteres ergiebt sich arg. a contr. aus 178 Abs. 1, wo § 171 nicht angeführt ist. [So auch Wilm. Levy N. 3, Puchelt I S. 442, Petersen S. 296, Bolgiano Handb. S. 353 N. 13, Gaupp I S. 456 f. AM. Struckm. Koch N. 1, Fitting Lehrb. § 31 Anm. 20, Endemann I S. 554, A. Förster N. 4.] Die Ausschließung der Zustellungen durch Postboten an Sonn- und Feiertagen wäre auch kaum durchführbar.

4. Eine unter Verletzung der Vorschriften des § 171 bethätigte Zustellung ist nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze und mit Vorbehalt des Abs. 4 des § 171 ungültig.

5. Zustellungen zur Nachtzeit sind durch die Civilprozeßordnung nicht verboten. Wenn jedoch Landesgesetze (wie z. B. das preuß. Ges. vom 12. Febr. 1850, GS. 1850 S. 45) das Betreten von Privatwohnungen durch Beamte zur Nachtzeit untersagen, sind Zustellungen zur Nachtzeit, soweit dabei eine Privatwohnung betreten wird, gesetzwidrig, daher ungültig nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze [so auch Struckm. Koch N. 4 v. Bülow N. 3. Vgl. a. Mot. S. 151 und KPr. S. 359. AM. Wilm. Levy N. 1 (die betreffenden Gesetze seien für das Gebiet der prozessualischen Zustellungen beseitigt), Petersen S. 296, Gaupp I S. 457, Hellmann Komm. I S. 494, Lehrb. S. 174 (die betr. Gesetze könnten nicht die Ungültigkeit der Zustellung bewirken).] — Durch Reglement kann den Gerichtsvollziehern untersagt werden, zur Nachtzeit Zustellungen zu besorgen; ein solches Verbot hat nicht die Ungültigkeit der dem Verbote entgegen bethätigten Zustellung zur Folge.

§ 172.

Ist bei einer Zustellung an den Vertreter mehrerer Beteiligter oder an einen von mehreren Vertretern die Übergabe der Ausfertigung oder Abschrift eines Schriftstücks erforderlich, so genügt die Übergabe nur einer Ausfertigung oder Abschrift.

Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Beteiligter sind so viele Ausfertigungen oder Abschriften zu übergeben, als Beteiligte vorhanden sind.

Mot. 150–152. KPr. 59, 530.

1. Unter „Vertreter" ist hier sowohl der gesetzliche Vertreter als der Prozeßbevollmächtigte und der nach § 85 aufgestellte Geschäftsführer zu verstehen.

2. „An einen von mehreren Vertretern" sc. desselben Beteiligten.

§ 173.

Über die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen.

Dieselbe ist auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Eine durch den Gerichtsvollzieher beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde ist auf das bei der Zustellung zu übergebende Schriftstück oder auf einen mit demselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Die Zustellungsurkunde ist der Partei, für welche die Zustellung erfolgt; wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, dem Gerichtsschreiber zu übermitteln.

Mot. S. 144, 152, 153. KPr. S. 59, 530.

1. Zu Abs. 1: Die Aufnahme einer Zustellungsurkunde gehört zu einer dem Prozeß-

gesetze entsprechenden Zustellung. Zustellung ohne die Aufnahme einer Urkunde über die Zustellung ist nicht ordnungsmäßige Zustellung, daher ungültig nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze. [So auch Gaupp I S. 460, A. Förster N. 2, vgl. a. für das vorbildliche franz. Recht Garsonnet Traité theorique et pratique de procédure (Paris 1885) II S. 183 ff. AM. Struckm. Koch N. 3 zu § 173, Petersen S. 299, Endemann I S. 557, Wilm. Levy N. 1 zu § 173, welche die Aufnahme der Zustellungsurkunde nicht als einen zu dem Zustellungsgeschäft gehörigen Akt, sondern als bloßes Beweismittel für die sich ohne Beurkundung vollziehende Zustellung betrachten. Die letztere Auffassung dürfte an dem kategorischen Imperativ des Gesetzes scheitern. Auch sagen die Mot. S. 152: „Die §§ 166—168 (= §§ 173 bis 175 d. CPrO.) betreffen den Zustellungsakt". Eine Hinneigung zu der gegnerischen Ansicht findet sich in den UU. d. RG. (V. CS.) v. 19. Juni 1882 SA. XXXVIII Nr. 66, Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 1155 und v. 15. März 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1082. Abweichend hiervon erklärt ders. Senat 8. März 1884 Entsch. XI Nr. 106 S. 404 die förmliche Zustellung bestehe in der Übergabe des zuzustellenden Schriftstückes und in einer bestimmten Beurkundung dieses Akts, allerdings ohne die Frage ex professo zu entscheiden. Vgl. a. RG. 25. Sept. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1076.] Das Recht, den in der Nichtaufnahme einer Zustellungsurkunde gelegenen Verstoß gegen das Prozeßgesetz zu rügen, kann übrigens nach § 267 verloren gehen. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 156 und Mot. S. 153.

Daß die Zustellungsurkunde aufgenommen wurde, kann nicht bloß durch die Zustellungsurkunde, sondern bei Verlust derselben auch durch andere Beweismittel dargethan werden, gerade wie die Beurkundung eines privatrechtlichen Geschäfts, dessen Gültigkeit von der Errichtung einer Urkunde abhängt, auch durch andere Beweismittel als die Urkunde erwiesen werden kann [vgl. RG. 31. Jan. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 740].

2. Zu Abs. 2: Die Vorschrift des § 173 Abs. 2 ist nicht anwendbar, wenn Ausfertigungen zuzustellen sind (vgl. § 156 nebst der Bem. Nr. 2). Die Urschrift der Zustellungsurkunde ist in diesem Fall ein selbständiges Dokument.

3. Zu Abs. 3: Wird dem Adressaten eine Abschrift der Zustellungsurkunde nicht übergeben, so ist die Zustellung mangelhaft und ungültig nach Maßgabe der Bem. Nr. 1 [AM. die dort als dissentierend angeführten Schriftsteller sowie RG. 15. März 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1083]. Das gleiche gilt, wenn die Abschrift nicht beglaubigt ist; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 156. Weicht die Abschrift von der Urschrift ab, so finden die in Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 156 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung; es ist also die Urschrift maßgebend; nur ist dem Empfänger Schutz zu gewähren, wenn durch einen Fehler in der Abschrift ein Versäumnis oder sonst ein Nachteil herbeigeführt ist [RG. 24. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 128 S. 434].

4. Zu Abs. 4: Das Original der Zustellungsurkunde erhält der Auftraggeber zurück und zwar zur Vermeidung von Umwegen und Verzögerungen stets direkt vom Gerichtsvollzieher, sollte auch der Auftrag durch Vermittelung des Gerichtsschreibers ergangen sein. Ist aus irgend einem Grunde dem Gerichte der Nachweis der Zustellung zu liefern, so hat die betreffende Partei die in ihren Händen befindliche Zustellungsurkunde dem Gerichte vorzulegen. (Mot. S. 152.)

5. Über die Beweiskraft der Zustellungsurkunde s. Bem. Nr. 8 zu § 174.

§ 174.

Die Zustellungsurkunde muß enthalten:

1) Ort und Zeit der Zustellung;

2) die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll; wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, das Gericht, von welchem die Anordnung ausgeht;
3) die Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll;
4) die Bezeichnung der Person, welcher zugestellt ist; in den Fällen der §§ 166, 168, 169 die Angabe des Grundes, durch welchen die Zustellung an die bezeichnete Person gerechtfertigt wird; wenn nach § 167 verfahren ist, die Bemerkung, wie die darin enthaltenen Vorschriften befolgt sind;
5) im Falle der Verweigerung der Annahme die Erwähnung, daß die Annahme verweigert und das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen ist;
6) die Bemerkung, daß eine Ausfertigung oder eine Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks und daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist;
7) die Unterschrift des die Zustellung vollziehenden Beamten.

Mot. S. 152, 153. KPr. S. 59, 530.

1. Zu Nr. 1: „Ort" d. i. Stadt, Dorf, Weiler &c. Die Angabe des Raumes ist nur erforderlich, soweit solche nach § 165—169 belangreich ist. — „Zeit" d. i. der Tag. Angabe der Stunde kann aber durch besondere Umstände, z. B. um die Priorität einer Pfändung zu konstatieren, veranlaßt sein.

2. Zu Nr. 2: Am besten wird bei den auf Parteibetrieb erfolgenden Zustellungen der Vorschrift des Gesetzes dadurch entsprochen, daß die nach Namen oder Parteirolle angeführte Person der Partei als diejenige Person bezeichnet wird, für welche zugestellt werden soll. Statt dessen kann auch gesagt werden, daß die Zustellung im Auftrage der Partei oder für den Prozeßbevollmächtigten der Partei oder in dessen Auftrag vollzogen werde, denn es ergiebt sich daraus, daß die Zustellung für die Partei vorgenommen ist. [Vgl. RG. verein. CS. 3. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 100 S. 400.] Es ist gleichgültig, ob im Anwaltsprozeß der (zuständige) Anwalt oder die Partei als Auftraggeber des Gerichtsvollziehers auftritt (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 74). Eine Zustellung ist deswegen, weil darin anstatt der Partei oder ihres Prozeßbevollmächtigten eine andere Person als Auftraggeber genannt ist, nicht ungültig, wenn diese Person von der Partei oder deren Prozeßbevollmächtigten mit dem Betrieb der Zustellung beauftragt war oder nachträgliche Genehmigung erteilt wird. [RG. 1. Febr. 1887 Entsch. XVII Nr. 103 S. 411 ff.]

3. Zu Nr. 3: Die Angabe eines falschen Vornamens macht die Zustellung nicht ungültig [bay. o. LG. SA. XL Nr. 153].

4. Zu Nr. 4: Bezieht sich auf die Zustellung nach § 166—169 (Ersatzzustellung).

5. Zu Nr. 5: Vgl. § 170.

6. Zu Nr. 6: Die Bezeichnung des zuzustellenden Schriftstücks nach seinem Inhalt ist entbehrlich, wenn die Zustellungsurkunde auf die Urschrift des mitzuteilenden Schriftstückes oder auf einen mit derselben verbundenen Bogen gesetzt ist. Wird eine Ausfertigung zugestellt, so ist die Bezeichnung derselben nötig.

7. Zu Nr. 7: Die Unterschrift des Empfängers ist nicht erforderlich.

8. Sind die Vorschriften des § 174 nicht beachtet, so ist die Zustellung nicht ordnungsmäßig und daher nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 vgl. Bem. Nr. 1 zu § 173

entwickelten Sätze ungültig. Arg. „muß enthalten". Die in § 174 vorgeschriebenen urkundlichen Konstatierungen gehören zu dem Thatbestande einer ordnungsmäßigen Zustellung. [So auch Struckm. Koch N. 2, v. Sarwey I S. 270 A. 1, v. Bülow N. 1, Gaupp I S. 161 f., A. Förster N. 2; vgl. a. RG. 25. Sept. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1076. AM. Puchelt I S. 447, Hellmann I S. 511, Petersen S. 300, Kleiner I S. 603, Endemann S. 557, 559, Wilm. Levy N. 1, Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 383 f., RG. 19. Juni 1882 SA. XXXVIII Nr. 66, sowie teilweise Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 69 f. Die gegnerische Ansicht führt notwendig zu der Folgerung, daß die Aufnahme einer Zustellungsurkunde überhaupt nicht wesentlich für den Bestand der Zustellung sei; denn wenn die einzelnen, in § 174 angeordneten Beurkundungen jede für sich unwesentlich ist, so kann urkundliche Feststellung irgend eines Vorgangs bei der Zustellung überhaupt nicht zum Thatbestand der Zustellung gehören.] Daß eine dem Inhalte nach dem § 174 entsprechende Zustellungsurkunde errichtet wurde, kann auch durch andere Mittel als die Urkunde selbst dargethan werden (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 173).

9. Die Zustellungsurkunde ist eine öffentliche Urkunde; sie begründet vollen Beweis aller darin bezeugten Thatsachen (§ 383); also namentlich auch hinsichtlich der Zeit und des Orts der Übergabe des Schriftstücks, der Person des Empfängers ꝛc. Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist zulässig (§ 383 Abs. 2) und kann durch alle Beweismittel geführt werden. Wegen der Beweiskraft einer äußerlich nicht einwandsfreien (z. B. radierten, korrigierten) Urkunde s. § 384 nebst den Bemerkungen.

Auch eine Zustellungsurkunde, welche ihrem Inhalte nach dem § 174 nicht entspricht, hat, wenn sie unterschrieben ist, die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde. Aber die Thatsachen, welche damit bewiesen werden, füllen den zum ordnungsmäßigen Zustellungsgeschäft erforderlichen Thatbestand nicht aus und das Fehlende kann nicht durch andere Beweismittel nachgewiesen werden. [AM. die oben als dissentierend cit. Schriftsteller.]

§ 175.

Ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgt, so muß die Zustellungsurkunde den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen unter Nr. 2, 3, 7 entsprechen und außerdem ergeben, zu welcher Zeit, unter welcher Adresse und bei welcher Postanstalt die Aufgabe geschehen ist.

Mot. S. 152, 153. KPr. S. 59, 530.

1. Über Zustellung durch Aufgabe zur Post (im Gegensatz zur Zustellung durch die Post) s. Bem. Nr. 3 zu § 161. § 175 gilt für alle Fälle, in denen die Zustellung durch Aufgabe zur Post zugelassen ist.

2. Hat die Partei, an welche durch Aufgabe zur Post zugestellt werden soll, nach § 161 Abs. 2 verlangt, daß die Sendung mit „Einschreiben" bezeichnet werde, so ist der Einlieferungsschein der Zustellungsurkunde beizufügen.

§ 176.

Zustellungen können auch durch die Post erfolgen.

Mot. S. 141—143, 153, 154. KPr. S. 5, 61, 62, 530.

1. Die Zustellung durch die Post ist nur im Deutschen Reiche möglich. Jeder Gerichtsvollzieher (und nach § 179 Gerichtsschreiber) im Deutschen Reiche kann die Zustellung durch die Post vermitteln. Direktes Angehen der Post durch die Parteien oder deren Bevollmächtigte ist nicht zulässig.

2. Die Zustellung „durch die Post" zerfällt in zwei Akte: Übergabe des zuzustellenden

Schriftstücks in Abschrift an die Postanstalt und Zustellung des Schriftstücks durch den Postboten. Erst mit dem zweiten Akte ist die Zustellung beendigt. Geht das Schriftstück auf der Post verloren oder unterbleibt dessen Zustellung aus einem anderen Grunde, so hat der erste Akt keine Wirkung. Nicht der Zeitpunkt der Übergabe zur Post, sondern jener der Zustellung durch den Postboten ist der Zeitpunkt der Zustellung.

3. Zwischen Zustellung durch die Post und Zustellung durch den Gerichtsvollzieher hat zunächst die betreibende Partei und, wenn diese keine Anweisung erteilt, der Gerichtsvollzieher (im Falle des § 179 der Gerichtsschreiber) die Wahl. Wegen der Mehrkosten einer durch den Gerichtsvollzieher bewirkten Zustellung s. § 180.

§ 177.

Wird durch die Post zugestellt, so hat der Gerichtsvollzieher einen durch sein Dienstsiegel verschlossenen, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehenen und mit einer Geschäftsnummer bezeichneten Briefumschlag, in welchem die zuzustellende Ausfertigung oder die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen. Daß die Übergabe in der bezeichneten Art geschehen, ist von dem Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen zu bezeugen.

Mot. S. 141—143, 153, 154. KPr. S. 61—63, 530.

1. Der Nachweis einer Zustellung „durch die Post" setzt sich aus zwei Urkunden zusammen: aus der Bestätigung des GV., daß er einen durch sein Dienstsiegel verschlossenen, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehenen und mit einer Expeditionsnummer bezeichneten Briefumschlag, in welchem die mitzuteilende Ausfertigung oder die beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen übergeben habe, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen, — und aus der Zustellungsurkunde des Postboten. Die ersterwähnte Bestätigung ist auf die Urschrift des mitzuteilenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen, bei Zustellung von Ausfertigungen auf einen besonderen Bogen zu setzen. Die Bestätigung muß die Zeit der Übergabe an die Postanstalt ersehen lassen. Notwendiger Inhalt der Bestätigung ist ferner die Bezeichnung des betreibenden Teils, die Bezeichnung des Requisiten (Adresse desselben) und die Geschäftsnummer. S. a. Postordnung v. 8. März 1879 § 35 (CBl. f. d. DR. S. 185 ff.) in der Fass. d. Verf. v. 24. Aug. 1879 (eod. S. 538, Preuß. JMBl. S. 373). Daß Abschrift der Bestätigung der Übergabe an die Postanstalt der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks angefügt werde [was Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 807 und Wilm. Levy Nr. 2 zu § 178 für wesentlich erklären und d. Preuß. JustMin. durch Verf. v. 16. Juni 1883 (JMBl. S. 191) den Gerichtsvollziehern vorgeschrieben hat], ist zweckmäßig zum Nachweise der Identität des dem Postboten dem Adressaten ausgehändigten Schriftstücks mit dem zuzustellenden, kann aber nicht als ein für die Gültigkeit der Zustellung wesentliches Erfordernis betrachtet werden; denn im Gesetze steht davon nichts und aus § 173 folgt nur, daß die Zustellungsurkunde, d. i. die vom Postboten aufzunehmende Urkunde (cf. § 178 Abs. 2), dem Adressaten abschriftlich zuzustellen ist. [So auch RG. 18. Sept 1885 Entsch. XIV Nr. 111 S. 392, 5. Febr. 1886 XV Nr. 114 S. 412, OLG. Celle Ztschr. f. d. CPr. VI S. 63, OLG. Karlsruhe eod. VII S. 342]. Wird die Identität des vom Postboten ausgehändigten Schriftstücks mit dem vom GV. der Post übergebenen bestritten, so kann

der Beweis der Identität auch mit anderen Mitteln, als durch eine zugestellte Abschrift der Postaufgabebescheinigung geführt werden.

2. Die Frage, ob die Post für den Schaden hafte, welcher durch Nichtsausführung der Zustellung oder durch unrichtige (verspätete) Zustellung entsteht, ist aus dem materiellen Recht zu beantworten (KPr. S. 62). Vgl. Postges. v. 28. Okt. 1871 §§ 6—15, RGBl. S. 347.

§ 178.

Die Zustellung durch den Postboten erfolgt in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 165—170.

Über die Zustellung ist von dem Postboten eine Urkunde aufzunehmen, welche den Bestimmungen des § 174 Nr. 1, 3—5, 7 entsprechen und außerdem die Übergabe des seinem Verschlusse, seiner Adresse und seiner Geschäftsnummer nach bezeichneten Briefumschlags, sowie der Abschrift der Zustellungsurkunde bezeugen muß.

Die Urkunde ist von dem Postboten der Postanstalt und von dieser dem Gerichtsvollzieher zu überliefern, welcher mit derselben in Gemäßheit der Bestimmung des § 173 Abs. 4 zu verfahren hat.

Mot. S. 153, 154. KPr. S. 63, 530.

1. Die Aufnahme einer Zustellungsurkunde durch den Postboten ist Erfordernis gültiger Zustellung [vgl. RG. 25. Sept. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1076]. Die Zustellungsurkunde des Postboten bedarf nicht der Angabe des betreibenden Teils, weil dieser schon aus der in § 177 vorgeschriebenen Bestätigung des Gerichtsvollziehers zu ersehen ist [vgl. RG. 5. Febr. 1885 Entsch. XV Nr. 114 S. 412]; sie bedarf nicht der Bemerkung, daß Abschrift des mitzuteilenden Schriftstücks übergeben ist, weil der Postbote nur die Abschrift in die Hand bekommt. An die Stelle der in § 174 Nr. 6 für die Gerichtsvollzieherurkunde vorgeschriebenen Bestätigung, daß eine Ausfertigung oder eine Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks übergeben sei, tritt die nach § 178 Abs. 2 in die Urkunde des Postboten aufzunehmende Bestätigung, daß ein Briefumschlag mit Dienstsiegel, mit der zu bezeichnenden Adresse und Geschäftsnummer übergeben worden sei. Die Übergabe der Zustellungsurkunde in Abschrift ist vom Postboten in derselben Weise wie vom Gerichtsvollzieher zu bezeugen.

2. Durch den Rücklauf der Zustellungsurkunde des Postboten an den Gerichtsvollzieher findet dessen Vormerkung über die Abgabe zur Post ihre Ergänzung. Der Gerichtsvollzieher hat das Original des zuzustellenden Schriftstücks nebst der in Gemäßheit des § 177 beigefügten Bestätigung der Übergabe der Abschrift zur Post, sowie die an ihn zurückgelaufene Zustellungsurkunde des Postboten demjenigen auszuhändigen, auf dessen Betreiben die Zustellung erfolgt. Erfolgt die Zustellung von Amtswegen, so sind die Papiere dem Gerichtsschreiber zu übermitteln.

3. Wegen Nachsendung bei Wechsel des Aufenthalts s. Verf. des Generalpostmeisters v. 27. Dez. 1879 (Post-Amtsbl. Nr. 80).

§ 179.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, kann derselbe unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen. In diesem Falle finden die Vorschriften der §§ 177, 178 auf den

Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die erforderliche Beglaubigung erfolgt durch den Gerichtsschreiber.

Mot. S. 144, 153, 154. KPr. S. 63, 64, 530, 531, 665, 666. Prot. Nr. 164 Anl. K S. 9.

1. Zustellungen unter Vermittelung des Gerichtsschreibers sind nach § 152 im Parteiprozesse zulässig. Vgl. §§ 74, 458, 462. Der Gerichtsschreiber hat im einzelnen Fall zu erwägen, ob Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (§§ 154, 155), der dann wieder durch die Post zustellen lassen kann (§§ 176, 177), oder unmittelbar durch die Post angemessen ist. Ein Antrag, welcher die Zustellung unmittelbar durch die Post obligatorisch machen wollte, sofern nicht die Partei die Vermittelung des Gerichtsvollziehers ausdrücklich verlangt, wurde abgelehnt (KPr. S. 63 f.). Beauftragt die Partei den Gerichtsschreiber, den einen oder den andern Weg zu betreten, so ist dieser Auftrag maßgebend. Reglementarische Bestimmungen können die Gerichtsschreiber anweisen, regelmäßig die Gerichtsvollzieher zu den Zustellungen zu benutzen. So preuß. GA. f. d. Gerichtsschr. b. AG. v. 1. Aug. 1879 § 17, dgl. f. d. Gerichtsschr. b. LG. v. 3. Aug. 1879 § 17 (JMBl. S. 230); dgl. f. d. Gerichtsschr. b. OLG. v. 8. Sept. 1879 § 18 (JMBl. S. 324) und Bad. Dienstanw. f. d. Gerichtsschr. v. 19. Juli 1879 § 30 (G. u. VBl. S. 386), soweit nicht Gefahr im Verzuge ist.

2. Die Bem. Nr. 1 zu § 177 findet auf Zustellungen unter Vermittelung des Gerichtsschreibers entsprechende Anwendung. — Ob der Gerichtsschreiber, um die Übergabe zur Post bezeugen zu können, das betreffende Schriftstück in eigener Person zur Post bringen müsse oder ob er jenes Zeugnis auch dann ausstellen könne, wenn er das Schriftstück durch irgend einen Untergebenen (Gerichtsboten, Gerichtsdiener) zur Post gesandt habe, war Gegenstand längerer Diskussion in der Justizkomm. d. RT. Nach Schluß der Diskussion stellte der Vorsitzende zu Protokoll fest: „daß nach Meinung der Kommission bei Annahme des Paragraphen [1]) die Bescheinigung des Gerichtsschreibers nicht dahin zu lauten haben würde, daß er selbst zur Post gegangen sei, sondern auch dahin lauten könne, daß er einen Gerichtsvollzieher mit der Aufgabe bei der Post beauftragt habe." Diese Konstatierung wurde in die Zusammenstellung der von der Justizkommission des Reichstags beschlossenen sog. authentischen (?) Interpretationen (Anlage K zum Prot. Nr. 164 S. 9) aufgenommen. Dieselbe zeichnet sich nicht durch Klarheit aus. Zwar über den Sinn, in welchem hier von „Gerichtsvollzieher" gesprochen ist, giebt die vorangegangene Debatte Aufschluß: es ist der mit dem internen Gerichtsdienst (dem sogen. Gerichtsbotendienst) betraute Beamte, der Gerichtsbote, gemeint. Daß dieser Bote Gerichtsvollzieher heißen würde, wurde angenommen, ist aber nicht zugetroffen. Jedenfalls wollte die Kommission aussprechen, daß nach ihrer Ansicht Unterbeamte im Auftrage des Gerichtsschreibers die zuzustellenden Schriftstücke zur Post tragen können. Wie sich aber die Kommissionsmitglieder die Bestätigung der Übergabe dachten — als Bestätigung des Gerichtsschreibers über die durch den Boten bewirkte Übergabe oder als vom Boten selbst ausgestellte Bestätigung oder kombiniert aus der Bestätigung des Gerichtsschreibers, daß er den Boten beauftragt, und aus der Bestätigung des Boten, daß er den Auftrag ausgeführt habe, — das ist weder aus dem Wortlaute der sog. Interpretation noch aus der Debatte mit Sicherheit zu entnehmen, und würde schließlich wenig bedeutsam sein. Aus dem Gesetze (§ 179 mit § 177) ergiebt sich, daß bei einer Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers durch die Post ohne Gerichtsvollzieher der Gerichtsschreiber die Übergabe zur Post nach Maßgabe des § 177 i. f. bezeugen muß. Jeder auch nur vorübergehend oder stellvertretungsweise mit der Funktion eines Gerichtsschreibers Betraute kann das Zeugnis ausstellen; aber das von einem Unterbeamten, der nicht Gerichtsschreiberfunktionen ausüben kann, aus-

---

[1]) „Antrags" ist Druckfehler — s. Berichtigungen zu den Protokollen.

gestellte Zeugnis über die Übergabe zur Post würde dem § 177 nicht entsprechen. Wer die Funktion eines Gerichtsschreibers hat und wer den Gerichtsschreiber vertreten kann, das bestimmen die Verordnungen der Landesjustizverwaltung (beim Reichsgericht die des Reichskanzlers) über die Geschäftseinrichtung der Gerichtsschreibereien (GVG. § 154). Ob diese Verordnungen bestimmen könnten, daß der Gerichtsschreiber jenes Zeugnis über die Einlieferung zur Postanstalt auch auszustellen habe auf Grund schriftlicher Bestätigung seitens eines mit publica fides ausgestatteten, mit der Einlieferung beauftragten Boten, ist eine müßige Frage, weil thatsächlich derartige Bestimmung nirgends getroffen ist. [Im Resultat ebenso Wilm. Levy N. 2. Auch Hellmann Komm. I S. 519, v. Bülow N. 3 zu § 179, Förster N. 3 zu § 179 halten für unzulässig, daß die Urkunde über Einlieferung zur Postanstalt durch einen nicht mit Gerichtschreibereigenschaft ausgestatteten Beamten ausgestellt werde. Dagegen erachten Struckm. Koch N. 3, Gaupp I S. 472 f., Endemann I S. 564 dies für genügend. Daß der Gerichtsschreiber auf Grund der Bescheinigung seines Unterbeamten das Zeugnis über die Einlieferung zur Post ausstellen könne, nehmen v. Sarwey I S. 263 und Petersen S. 310 an.]

3. Auf Zustellungen von Amtswegen, auch auf Zeugenladungen ist § 179 anwendbar; denn diese Zustellungen werden stets durch den Gerichtsschreiber vermittelt. [AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 342.]

4. Wegen der Gebühren s. Bem. Nr. 5 vor § 152.

§ 180.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, obgleich sie durch die Post hätte erfolgen können, so hat die zur Erstattung der Prozeßkosten verurteilte Partei die Mehrkosten nicht zu tragen.

Mot. S. 154. KPr. S 64, 531.

1. Wie bereits zu § 87 Bem. Nr. 3 litt. d erwähnt wurde, ist das richterliche Ermessen über die Notwendigkeit eines Prozeßkostenaufwands durch § 180 insofern beschränkt, als die Differenz zwischen den Kosten der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher und den Kosten der Zustellung durch die Post nicht zu den notwendigen Kosten gerechnet werden darf, wenn die Zustellung durch die Post hätte erfolgen können. Ob letztere Voraussetzung zutrifft, ist dann allerdings wieder nach richterlichem Ermessen zu beurteilen.

2. Vgl. a. GO. f. GV. § 3 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881. „Ist eine Zustellung durch den GV. bewirkt, obgleich sie mit geringeren Kosten durch die Post hätte erfolgen können, so erhält derselbe die Mehrkosten nur, wenn er zur Vornahme der Zustellung ohne Benutzung der Post ermächtigt ist." Diese Bestimmung ist auch dann anwendbar, wenn der Gerichtsvollzieher durch Vermittelung des Gerichtsschreibers angegangen ist.

§ 181.

Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, so kann die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgen.

Zum Nachweise der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntnis des Anwalts, welchem zugestellt worden ist.

Mot. S. 143, 154. KPr. S. 71, 72, 531, 532.

1. Litteratur: Francke über Zustellung von Anwalt zu Anwalt Ztschr. f. d. CPr. V S. 381 ff.

2. Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist nicht nur im Anwaltsprozesse, sondern

auch im Parteiprozesse gestattet, wenn beide Parteien durch Anwälte vertreten sind (KPr. S. 531 f.). Sie ist nicht auf Zustellungen in der Instanz beschränkt, sondern z. B. auch dann zulässig, wenn der die Einlegung eines Rechtsmittels bezweckende Schriftsatz dem Anwalt der Vorinstanz zugestellt wird [so auch OLG. Karlsruhe SA. XXXVIII Nr. 176; vgl. a. RG. 29. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 118 S. 414].

3. Zur ordnungsmäßigen Zustellung von Anwalt zu Anwalt gehört:

a) Die Übergabe der beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks. Wegen des Mangels der Beglaubigung vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 156. Das Recht, den Mangel der Beglaubigung zu rügen, kann nach § 267 verloren gehen; vgl. die Bem. N. 1 zu § 156.

b) Das schriftliche, mit Datum und Unterschrift versehene Empfangsbekenntnis des Anwalts, welchem zugestellt worden ist [vgl. RG. 29. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 118 S. 414]. Der Unterschrift des Rechtsanwalts steht gleich die eines nach RAO. § 25 Abs. 1 und 2 (nicht Abs. 3!) aufgestellten Stellvertreters und des nach RA. § 19 aufgestellten Zustellungsbevollmächtigten eines nicht am Orte des Gerichts, bei welchem er zugelassen, wohnhaften Anwalts (nicht eines andern Zustellungsbevollmächtigten eines Anwalts, auch wenn der Zustellungsbevollmächtigte selbst Anwalt wäre). Die Unterschrift des Rechtsanwalts kann nicht durch die eines (wenn auch zur Empfangnahme von Zustellungen ermächtigten) Gehülfen oder Schreibers ersetzt werden. Das Empfangsbekenntnis kann auf die Urschrift gesetzt oder auch gesondert ausgestellt werden [vgl. RG. 11. Juni 1881 SA. XXXVI Nr. 300]. Der Mangel der Empfangsbescheinigung macht die Zustellung ungültig nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze. Daß ein schriftliches Empfangsbekenntnis ausgestellt wurde, kann nicht bloß durch die dieses Empfangsbekenntnis enthaltende Urkunde, sondern auch auf andere Weise erwiesen werden; denn von der Frage, ob die für den Zustellungsakt wesentlichen Formvorschriften beobachtet sind, ist die Frage, in welcher Weise die Beobachtung dieser Formvorschriften nachgewiesen werden kann, zu trennen. [Vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 173 sowie RG. 31. Jan. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 740, 18. Febr. 1885 Entsch. XIV Nr. 99 S. 349. Scheinbar widersprechend RG. 29. Sept. 1881 Entsch. V S. 414; aber letzteres U. will offenbar nur die Existenz des Empfangsbekenntnisses als wesentlich bezeichnen].

Durch das Empfangsbekenntnis kann sowohl die Partei, welche zugestellt hat, wie die Partei, an welche zugestellt wurde, die Zustellung der Abschrift des in demselben bezeichneten Schriftstückes, den Zeitpunkt der Zustellung und, wenn der Empfang einer beglaubigten Abschrift bestätigt ist, die Beglaubigung beweisen [vgl. RG. 17. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 82 S. 336.] Nach allen Richtungen steht der Gegenbeweis offen. Es kann bewiesen werden, daß überhaupt keine Zustellung erfolgte [vgl. RG. 30. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 98 S. 374, wo auch der richtige Satz ausgesprochen ist, daß eine Vereinbarung der Anwälte, eine nicht geschehene Zustellung als geschehen anzunehmen, wirkungslos ist]; es kann die Unrichtigkeit des Datums dargethan werden [RG. 27. Sept. 1882 Entsch. VIII Nr. 89 S. 328 ff., 17. März 1885 XIII Nr. 95 S. 366]; es kann, solange die Rüge des Mangels zulässig ist, der Mangel der Beglaubigung erwiesen werden [vgl. RG. 13. Okt. 1882 Entsch. IX Nr. 118 S. 414].

4. Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt kann unter Zuhülfenahme der Post geschehen in der Art, daß der betreibende Anwalt die Urschrift nebst der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks unter der Adresse des Gegenanwalts zur Post giebt, worauf der letztere die Urschrift nebst dem Empfangsbekenntnis zurückleitet; oder auch, da die Aufsetzung des Empfangsbekenntnisses auf die Urschrift nicht nötig ist, in der Art, daß der betreibende Anwalt die Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks unter der Adresse des Gegenanwalts zur Post giebt,

worauf letzterer die Empfangsbestätigung sendet. Der Posteinlieferungsschein ersetzt das Empfangsbekenntnis des Anwalts nicht.

5. Als „Ersatzzustellung" nach §§ 166—169 ist die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ebensowenig denkbar, als sie gegen den Willen des Anwalts unter Zurücklassung der Abschrift erfolgen kann [vgl. bay. OLG. SA. XXXVIII Nr. 67]. Verweigert der Anwalt, welchem zugestellt werden soll, die Annahme des Schriftstücks oder die Ausstellung des Empfangsbekenntnisses, so ist durch den Gerichtsvollzieher zuzustellen.

6. Das Gericht kann die Mehrkosten, welche dadurch entstehen, daß eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher erfolgte, während sie unmittelbar von Anwalt zu Anwalt hätte erfolgen können, als nicht notwendige Kosten im Sinne des § 87 behandeln; doch wäre dies bei Zustellungen, welche zur Wahrung von Fristen dienen, unbillig, weil das Empfangsbekenntnis verweigert werden kann.

§ 182.

Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residierenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.

Mot. S. 154, 155. KPr. S. 72, 532.

1. Ausland = jedes nicht zum Deutschen Reiche gehörige Gebiet.

2. Nach der vom Reichs-Justizamt entworfenen, in den Bundesstaaten durch Verfügungen der Justizverwaltungsbehörden (in Preußen Verf. v. 3. Sept. 1880 JMBl. S. 205, in Bayern Verf. v. 26. Juli 1881 JMBl. S. 360) eingeführten Instruktion zu §§ 182, 185 sind die Ersuchungsschreiben zu richten:

„1) an die fremden Landesbehörden nur unter der Voraussetzung, daß nach den bestehenden internationalen Vereinbarungen ein direkter Schriftwechsel mit den Behörden des betreffenden Landes zulässig ist;

2) in allen übrigen Fällen a) an den Konsul, sofern anzunehmen ist, daß die Zustellung ohne diplomatische Verwendung bei der fremden Regierung bewirkt werden kann; welche Voraussetzung allgemein zutrifft in Großbritannien und Irland nebst Kolonien, in den vereinigten Staaten von Amerika und in den Bezirken der mit Gerichtsbarkeit ausgestatteten Konsulate, in den übrigen Ländern aber nur dann, wenn die Person, welcher zugestellt werden soll, erweislich oder präsumtiv dem Deutschen Reiche angehört; b) an den Gesandten in denjenigen Fällen, in welchen die Voraussetzungen zu a) nicht gegeben sind." (Das bayer. Min. fügt bei: „Wo bayer. Gesandtschaften bestehen, sind die Requisitionen in den sub 2 b bezeichneten Fällen an diese zu richten." Zustellungen im CPr. können aber nach § 182 bloß durch Gesandte des Reichs, nicht der Bundesstaaten, erfolgen. Nur wenn der bayer. Gesandte mit der Vertretung des Reichs-Gesandten betraut ist — s. Versailler Vertrag Schlußprot. v. 23. Nov. 1870 Ziff. VII BGBl. 1871 S. 24 —, kann er Zustellungen im Civilprozeß besorgen.)

Ad 1. Von Reichswegen besteht ein Übereinkommen mit der Schweiz, welches allen deutschen Gerichtsbehörden direkten Verkehr mit allen schweizerischen gestattet (CBl. f. d. DR. 1879 S. 6, Preuß. JMBl. S. 20). Den preußischen Gerichten ist direkter Verkehr mit den österr. Gerichten gestattet, Verf. v. 1. April 1880 (JMBl. S. 205) und v. 12. Juli 1881 (JMBl. S. 159); ebenso den Gerichten in den preuß. Grenzprovinzen mit den Behörden des Gerichtsbez. Warschau, Übereink. v. 4. Febr./23. Jan. 1879 (GS. S. 138) und Verf. v. 9. Febr. 1882 (JMBl. S. 32); sonst kein direkter Verkehr mit russ. Behörden: Verf. v. 16. Nov. 1876 (JMBl. S. 236). Über russ. GerVerfassung: Preuß. JMBl. 1876

S. 46, 1884 S. 59. — Den bayerischen Gerichten ist direkter Verkehr gestattet mit den österreichischen (cisleith.) Behörden (JMBl. 1870 S. 181 und 58).

Ad 2 a. Wegen Zustellung durch die Reichskonsuln vgl. BG. v. 8. Nov. 1867 (BGBl. S. 137) § 19: „Die Bundeskonsuln können innerhalb ihres Amtsbezirks an die dort sich aufhaltenden Personen auf Ersuchen der Behörden eines Bundesstaates Zustellungen jeder Art bewirken"; ferner RG. v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) § 10. Das RG. gestattet also den Konsuln Zustellungen sowohl an Deutsche wie an Ausländer. Eine andere Frage ist, ob nach dem ausländischen Rechte Zustellungen an Nichtdeutsche den Konsuln gestattet sind. Darüber s. o. Ziff. 2 litt. a. Die Konsuln in Österreich-Ungarn dürfen nur zustellen, wenn die deutsche Staatsangehörigkeit der Person, an welche zugestellt werden soll, außer Frage steht (preuß. JMBl. 1881 S. 159, bayer. JMBl. 1881 S. 362).

Ad 2a und b: Die preuß. Gerichte sind durch MinVerf. v. 3. Sept. 1880 (JMBl. S. 205) angewiesen, die Ersuchungsschreiben direkt an die Konsuln und Gesandtschaften zu senden ohne Vermittelung des auswärtigen Amts. In Bayern sind die Ersuchungsschreiben an die Konsuln und Gesandtschaften durch Vermittelung der Staatsanwaltschaft dem JustMin. vorzulegen, welches deren Weiterbeförderung sowie die Rücksendung der Zustellungszeugnisse veranlaßt. Dienstesvorschr. f. d. StA. v. 1862 § 51, JMB. v. 12. Aug. 1872 (JMBl. S. 209), vgl. a. JMB. v. 26. Juli 1881 (JMBl. S. 360). Wegen der Kosten s. bayer. JMB. v. 8. Jan. 1884 (JMBl. S. 3).

3. Die Zustellung im Auslande ist nicht mit dem Gesuche um die Zustellung bewirkt, sondern erst durch deren Ausführung im Auslande. (Vgl. § 185 Bem. Nr. 3). Wegen Zurückdatierung gewisser Wirkungen der ausgeführten Zustellung s. § 190.

4. Ist die Zustellung im Auslande unausführbar, so kann nach § 186 Abs. 2 öffentliche Zustellung erfolgen.

5. In gewissen Fällen (§§ 740, 743, 761) kann die Zustellung im Auslande unterbleiben. Das Mahnverfahren findet nicht statt, wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Auslande erfolgen müßte (§ 628 Abs. 2).

§ 183.

Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, erfolgen, wenn dieselben zur Mission des Reichs gehören, mittels Ersuchens des Reichskanzlers; wenn dieselben zur Mission eines Bundesstaates gehören, mittels Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten dieses Bundesstaates.

Zustellungen an die Vorsteher der Reichskonsulate erfolgen mittels Ersuchens des Reichskanzlers.

Mot. S. 154, 155. KPr. S. 72, 532.

1. Welche Deutsche im Reiche oder in einem deutschen Bundesstaate das Recht der Exterritorialität genießen, ergiebt GVG. §§ 18—21. Welche Deutsche im Ausland das Recht des Exterritorialität genießen, ist nach den Gesetzen des Auslandes oder nach Staatsverträgen zu beurteilen. Für beide Kategorien von Exterritorialen gilt § 183 und zwar einerlei, ob sich dieselben im Ausland oder im Inland aufhalten [AM. Endemann I S. 569]. Die Exterritorialität besteht in der Befreiung von der inländischen Gerichtsbarkeit. Zu der Gerichtsbarkeit gehört die Zustellung durch Organe der Gerichte. Innerhalb des Staates, in dem jemand Exterritorialität genießt, kann ihm daher weder durch Gerichtsvollzieher noch durch Postboten, welche in Bezug auf die Zustellung als Beamte des betreffenden Bundesstaates

fungieren, sondern nur nach § 183 zugestellt werden. Dies gilt auch bezüglich der gegen einen Exterritorialen am forum rei sitae (GVG. § 20) im Inlande zulässigen Prozesse; denn die Unterwerfung unter einen speziellen Gerichtsstand beseitigt noch nicht die dem Exterritorialen zu gut kommende Fiktion des „Nicht-im-Inlande-seins". (Beispiele: a) Dem bayerischen Bevollmächtigten zum Bundesrat kann innerhalb Preußens nicht anders als nach § 183 zugestellt werden. Auch Zustellung durch einen Postboten in Preußen auf Requisition eines bayerischen oder sächsischen Gerichtsvollziehers ist unzulässig. b) Sowie sich der bayerische Bevollmächtigte zum Bundesrat außerhalb Preußens aufhält, kann ihm durch Gerichtsvollzieher und Postboten zugestellt werden. Dies gilt auch in dem Fall, wenn die Zustellung ein bei einem preußischen Gericht anhängiges Verfahren betrifft; ob der Zustellungsempfänger mit Rücksicht auf seine Exterritorialität sich dem preußischen Gerichte gegenüber ablehnend verhalten kann, ist eine von der Gültigkeit der Zustellung unabhängige Frage. c) Der für Bayern beglaubigte preußische Gesandte hat in München Grundbesitz und soll hier am forum rei sitae verklagt werden. Solange derselbe sich innerhalb Bayerns aufhält, kann die Klage ihm nur nach § 183 zugestellt werden. Sowie er sich außerhalb Bayerns aufhält, ist Zustellung durch Gerichtsvollzieher und Postboten möglich. d) An den in London beglaubigten deutschen Gesandten kann, wenn er sich in Deutschland aufhält, Zustellung durch Gerichtsvollzieher und Postboten erfolgen.

2. Über Zustellungen an Ausländer, welche in Deutschland oder in einem Bundesstaate das Recht der Exterritorialität genießen, enthält die CPrO. keine Bestimmung. Aus GVG. § 18 folgt, daß denselben innerhalb des Staates, in welchem sie Exterritorialität genießen, nicht durch Gerichtsvollzieher oder Postboten zugestellt werden kann; denn Zustellung durch GV. oder Postboten ist Ausübung der Gerichtsbarkeit. Zustellungen an solche Personen müssen nach Analogie des § 182 erfolgen; denn der Eintritt des Exterritorialen in das Inland ändert nichts an seinem Verhältnis zur inländischen Jurisdiktion.

3. Eine den Vorschriften des § 183 zuwiderlaufende Zustellung ist ungültig nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze.

§ 184.

Zustellungen an Personen, welche zu einem im Auslande befindlichen oder zu einem mobilen Truppenteile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören, können mittels Ersuchens der vorgesetzten Kommandobehörde erfolgen.

Mot. S. 154, 155. KPr. S. 72, 532.

1. Die Mobilmachung eines Truppenteils erfolgt durch den Kaiser (RVerf. Art. 63 Abs. 4, auch für Württemb. BGBl. 1870 S. 662), in Bayern durch den König von Bayern auf Veranlassung des Kaisers (Vertr. v. 23. Nov. 1870, RGBl. 1871 S. 20, 82). Wegen des mobilen Zustandes in der Marine s. MStrGB. § 164. Der Begriff der „Indienststellung" ist weiter als der des mobilen Zustandes. Die „Indienststellung" eines Schiffes erfolgt durch Befehl des Kaisers.

2. Das Ersuchen der vorgesetzten Kommandobehörde erfolgt durch den Vorsitzenden des Prozeßgerichts (§ 185). Das Ersuchen kann auch an eine Kommandobehörde gerichtet werden, die nicht die zunächst vorgesetzte ist. Die Zustellung wird nicht, wie im Falle des § 158, durch Übergabe an die Kommandobehörde, sondern erst mit der Aushändigung des Schriftstücks an den Adressaten bewirkt.

3. Durch § 184 ist die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher unter Beobachtung des § 158 nicht ausgeschlossen, soweit diese faktisch möglich, d. i. solange der mobilisierte Truppen-

teil noch im Inlande oder ein in Dienst gestelltes Kriegsfahrzeug noch im deutschen Gebiete ist. Auch die Möglichkeit, an die in § 184 genannten Personen gemäß § 182 zuzustellen, ist nicht ausgeschlossen.

§ 185.

Die erforderlichen Ersuchungsschreiben werden von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen.

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugnis der ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen.

Mot. S. 154, 155. KPr. S. 72, 532.

1. Zuständig zur Erlassung des Ersuchungsschreibens ist der Vorsitzende desjenigen Gerichts (d. i. der Kammer, des Senats), bei welchem das Verfahren, auf welches sich die Zustellung bezieht, vor sich gehen soll.; also bei der Zustellung einer Rechtsmittelschrift der Vorsitzende in der Rechtsmittelinstanz; bei einer Zustellung, welche sich auf ein Verfahren zur Sicherung des Beweises bezieht, der Vorsitzende des um die Beweiserhebung angegangenen Gerichts; bei Zustellungen, welche sich auf das Verfahren vor einem ersuchten Richter beziehen, der Amtsrichter; bei Zustellungen im Vollstreckungsverfahren der Vorsitzende des Vollstreckungsgerichts ꝛc.

2. Das Ersuchungsschreiben wird, wenn nicht die Zustellung von Amtswegen erfolgt, veranlaßt durch ein an den Vorsitzenden zu richtendes Gesuch des betreibenden Teils. Im Anwaltsprozesse ist das Gesuch schriftlich von dem betreffenden Anwalt einzureichen; im Parteiprozeß kann das Gesuch auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden (§§ 458, 462). Gegen Abweisung ist Beschwerde zulässig (§ 530). Das Ersuchungsschreiben wird durch den Gerichtsschreiber expediert. — Bei Zustellungen von Amtswegen wird das Ersuchungsschreiben ohne Parteiantrag vom Vorsitzenden erlassen.

3. Der Nachweis der Zustellung erfolgt durch das schriftliche Zeugnis der ersuchten Behörde oder des ersuchten Beamten. Für die Gültigkeit der Zustellung ist es gleich, auf Grund welcher Vorgänge dieses Zeugnis erteilt wird. Insbesondere kann nicht gegen die Gültigkeit der Zustellung eingewendet werden, daß die Art und Weise, in welcher die ausländische Behörde, der Konsul oder Gesandte die Zustellung im Auslande ausführte, nicht den Vorschriften des ausländischen Gesetzes entspreche. Das Zeugnis muß die Zeit der Zustellung ersehen lassen; das ergiebt sich aus dem Zweck desselben. Weitere Erfordernisse sind an dasselbe nicht zu stellen. Das Zeugnis hat die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde (§ 383).

§ 186.

Ist der Aufenthalt einer Partei unbekannt, so kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

Die öffentliche Zustellung ist auch dann zulässig, wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht.

Mot. S. 155, 156. KPr. S. 72 ff., 435, 532.

1. Über die geschichtliche Entwickelung der sog. öffentlichen Zustellung (Ediktalzitation) s. Wetzell § 67 N. 78 ff. (S. 909 ff.). In ihrer modernen Gestalt ist die öffentliche Zustellung nicht wirkliche Zustellung sondern Ersatz derselben. — Die CPrO. regelt in § 186 die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung, in §§ 187, 188 das Verfahren, in § 189 (cf. § 190) die Wirkung.

2. Die öffentliche Zustellung kann erfolgen: a) Wenn der Aufenthalt einer Partei unbekannt ist. Unter welchen Voraussetzungen Unbekanntsein des Aufenthalts anzunehmen ist, ist nach richterlichem Ermessen zu beurteilen (KPr. S. 12). Kann einem Generalbevollmächtigten des Adressaten nach § 162 zugestellt werden, so ist die öffentliche Zustellung ausgeschlossen. Ebenso, falls einem curator absentis zugestellt werden kann. b) Wenn bei einer im Ausland zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der Vorschriften des § 182 unausführbar ist, z. B. falls in dem fremden Staate weder geordnete Staatseinrichtungen bestehen, noch Konsuln oder Gesandte des Reichs residieren. c) Wenn bei einer im Ausland zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der Vorschriften des § 182 voraussichtlich erfolglos ist, z. B. wegen Verweigerung der Rechtshülfe.

Daß die Partei, welche um die öffentliche Zustellung nachsucht, dem Gericht die Voraussetzungen darthun muß, folgt aus der diesem eingeräumten causae cognitio (§ 187.)

3. In den Fällen der §§ 683, 740, 743, 761 kann eine Zustellung, welche öffentlich erfolgen müßte, unterbleiben. Das Mahnverfahren findet nicht statt, wenn öffentliche Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgen müßte (§ 628 Abs. 2). Öffentliche Zustellungen an Zeugen oder Sachverständige giebt es nicht. Öffentliche Zustellung einer Streitverkündung ist möglich.

§ 187.

Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgerichte bewilligt ist, durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen besorgt. Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden.

Die öffentliche Zustellung erfolgt durch Anheftung einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel. Enthält das Schriftstück eine Ladung, so ist außerdem die zweimalige Einrückung eines Auszugs des Schriftstücks in dasjenige Blatt, welches für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist, sowie die einmalige Einrückung des Auszugs in den Deutschen Reichsanzeiger erforderlich.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß der Auszug noch in andere Blätter und zu mehreren Malen eingerückt werde.

Mot. S. 155, 156. KPr. S. 72 ff. 435, 532.

1. Die öffentliche Zustellung muß, wenn die Zustellung auf Betreiben der Partei erfolgen soll, von der Partei bei dem Prozeßgerichte nachgesucht werden. Zuständig zur Entscheidung über das Gesuch ist das Gericht, unter dessen Mitwirkung das Verfahren, auf welches sich die Zustellung bezieht, vor sich gehen soll. Bem. Nr. 1 zu § 185 findet hieher entsprechende Anwendung. Das Gesuch um gleichzeitige ö. Z. eines Urteils und der dieses Urteil anfechtenden Rechtsmittelschrift ist an die Rechtsmittelinstanz zu stellen [RG. 29. Sept. 1885 Entsch. XV Nr. 91 S. 347]. Im Anwaltsprozesse ist das Gesuch schriftlich durch den Anwalt einzureichen; im Parteiprozesse kann dasselbe auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden (arg. §§ 458, 462). Wegen Kostenvorschusses s. GKG. §§ 79 Nr. 3, 84. Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119; wegen Zustellung der Entscheidung s. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 294. Gegen Ablehnung des Gesuchs findet Beschwerde (§ 530) statt. Die Bewilligung der öffentlichen Zustellung erfolgt von Fall zu Fall, nicht für den ganzen Rechtsstreit.

2. Zu einer öffentlichen Zustellung von Amtswegen ist kein Gesuch der Partei nötig. Die Zustellung muß aber auch in diesem Falle durch Beschluß des nach Bem. Nr. 1 zuständigen Gerichts angeordnet werden. [So auch Struckm. Koch § 187 N. 1, Petersen S. 319, Fischer Beitr. z. E. d. RD. XXV S. 623, A. Förster N. 1 zu § 187. AM. Endemann I S. 574, Wilm. Levy § 187 N. 1, v. Sarwey I S. 281, Gaupp I S. 486. Das niemals stichhaltige Argument, daß schon der Kosten halber ein Gesuch abzuwarten sei, ist durch den durch Ges. v. 26. Juni 1881 Art. 2 in das GKG. eingefügten § 80b „Für die von Amtswegen bewirkten Zustellungen werden bare Auslagen nicht erhoben" ganz hinfällig geworden.]

3. Die vom Gericht bewilligte bezw. angeordnete öffentliche Zustellung ist gültig, auch wenn sich hintendrein herausstellt, daß die Voraussetzungen dazu nicht vorhanden gewesen sind. Gegen das auf Grund einer solchen Zustellung erlassene Urteil ist Einspruch (§ 300 cf. § 211 Abs. 2) zulässig; ist aber der Einspruch versäumt und Restitution nicht mehr möglich (§ 213 Abs. 2), so ist das Urteil unanfechtbar.

4. Die Zustellung von Schriftstücken ohne Ladung erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel. Ist eine Ausfertigung zuzustellen, so ist diese, sonst die (beglaubigte) Abschrift anzuheften. Abschrift des die öffentliche Zustellung bewilligenden Beschlusses dem anzuheftenden Schriftstücke beizufügen, ist nicht nötig. Die Analogie des § 171 greift nicht durch; denn die sog. öffentliche Zustellung ist doch keine wirkliche Zustellung (s. Bem. Nr. 1 zu § 186). Zur Zustellung von Schriftstücken mit Ladung gehört außer der Anheftung an die Gerichtstafel die zweimalige Insertion eines Auszugs in öffentliche Blätter nach Vorschrift des Abs. 2 und des § 188.

5. Die Aushändigung des an die Gerichtstafel angehefteten Schriftstücks an die Partei welcher zugestellt wird, ist nicht vorgesehen, auch wenn sich dieselbe zur Empfangnahme meldete.

6. Der Gerichtsschreiber hat dafür zu sorgen, daß der Zeitpunkt der Anheftung an die Gerichtstafel zu den Akten festgestellt und daß die Beläge für die ordnungsmäßige Veröffentlichung zu den Akten gebracht werden. Beides ist nötig wegen Berechnung der Zustellungszeit (§ 189).

§ 188.

In dem Auszuge des Schriftstücks müssen das Prozeßgericht, die Parteien, der Gegenstand des Prozesses, der Antrag, der Zweck der Ladung und die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden.

Mot. S. 155, 156. KPr. S. 72 ff., 435, 532.

Veröffentlichung eines Auszugs aus dem zuzustellenden Schriftstück, nicht bloß der Ladung, ist vorgeschrieben. (Vgl. KPr. S. 73.) Die wesentlichen Erfordernisse des Auszugs sind in möglichst kurze Fassung zusammenzudrängen. Die Bezeichnung des Gegenstandes des Prozesses braucht nicht über die allgemeinste Fassung (z. B. Darlehensforderung) hinaus zu gehen. Verstoß gegen § 188 macht die Zustellung ungültig nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze.

§ 189.

Das eine Ladung enthaltende Schriftstück gilt als an dem Tage zugestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszugs in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist. Das Prozeßgericht kann bei Bewilligung der öffentlichen Zustellung den Ablauf einer längeren Frist für erforderlich erklären.

Enthält das Schriftstück keine Ladung, so ist dasselbe als zugestellt anzusehen, wenn seit der Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind.

Auf die Gültigkeit der Zustellung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt wird.

Mot. S. 155, 156, KPr. S. 72—74. 435, 532.

1. Abkürzung der Fristen des Abs. 1 und 2 ist unzulässig.

2. Die Anwendung des § 189 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Adressat sich meldet oder sein Aufenthalt sonstwie bekannt wird.

§ 190.

Wird auf ein Gesuch, welches die Zustellung eines demselben beigefügten Schriftstücks mittels Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder mittels öffentlicher Bekanntmachung betrifft, die Zustellung demnächst bewirkt, so treten, insoweit durch die Zustellung eine Frist gewahrt und der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen wird, die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Überreichung des Gesuchs ein.

Mot. S. 156, 157. KPr. S. 65—69, 74, 532.

1. Die Motive bemerken: „Die Insinuation durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post giebt dem direkten, treibenden Einflusse der Partei auf die Raschheit der Zustellung soweit Raum, daß es dem betreibenden Teile bei einiger Diligenz stets möglich sein wird, Fristen zu wahren oder den Lauf der Verjährung oder einer Frist zu unterbrechen, sofern dies von einer Zustellung abhängig ist (vgl. §§ 214, 230, 239, 304, 305, 479, 515, 549, 806 u. a.). (Vgl. noch EG. § 13 Nr 4 und Abs. 3). Anders verhält es sich in den Fällen der §§ 182—198, in denen die Partei zur Bewirkung einer Zustellung ihrerseits nichts weiter thun kann, als bei dem Gerichte ein begründetes Gesuch anbringen, und die rechtzeitige Zustellung von prompter Rechtshülfe der Behörden und einer Anzahl zufälliger Umstände abhängig ist. Um für solche Fälle die Innehaltung von Fristen u. s. w. gegenüber dem Abwesenden überhaupt zu ermöglichen, ist die Bestimmung, daß die Wirkungen der Zustellung bereits mit dem Momente der Überreichung des Gesuchs eintreten sollen, unentbehrlich. Das Gesetz knüpft jedoch diese Folge mit Rücksicht auf die sehr erheblichen materiellen Wirkungen, welche die bewirkte Zustellung für die Requisiten äußert (vgl. u. a. § 239 und EinfGes. § 13 Abs. 3), an die Bedingung, daß die Zustellung demnächst auch wirklich ausgeführt wird, läßt also nur eine Rückwirkung auf den Moment der Gesuchsüberreichung eintreten. Der betreibende Teil wird dadurch nicht schlechter gestellt. — In Fällen, wo dem Gegner thatsächlich nicht behändigt werden kann, z. B. weil sein Aufenthalt unbekannt ist, wird der Bedingung des § 190 durch öffentliche Zustellung genügt werden können, denn nach Ablauf der Fristen des § 189 steht die öffentliche Zustellung der thatsächlich erfolgten Behändigung in ihrer Wirkung durchaus gleich."

2. Wurde ein Gesuch abgewiesen und dann auf Beschwerde bewilligt, so treten die in § 190 bezeichneten Wirkungen mit Einreichung nicht der Beschwerde sondern des Gesuchs ein. Wurde ein Gesuch abgewiesen, dann erneuert und bewilligt, so treten jene Wirkungen mit der Einreichung des letzten Gesuchs ein.

3. Nur bezüglich der Wirkungen der Zustellung auf Wahrung einer Frist, der Unterbrechung der Verjährung oder einer Frist (z. B. der Ersitzungsfrist) tritt die Zurückdatierung ein. Insbesondere gilt die Zurückdatierung nicht für andere Wirkungen der mit der Klagezustellung beginnenden Rechtshängigkeit (§§ 235, 239). [Vgl. RG. 1. Juni 1880 Entsch. I Nr. 157 S. 436.]

Dritter Titel.

Ladungen, Termine und Fristen.

A. Ladungen und Termine (§§ 191—195, 205—207.)

1. Litteratur: Wach Kr.VJSchr. XIV S. 351, XV S. 340, Baron Ztschr. f. d. CPr. I S. 401 ff., O. Fischer Termin und Ladung in Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 620 ff., 802 ff. (auch in Sep.-Abdr. erschienen 1881), Schwalbach über Zeitbestimmungen im Civilprozeß Arch. f. c. Pr. LXVI S. 251 ff., Planck I S. 393 ff.

2. Die Grundsätze für Ladung und Terminsbestimmung sind folgende:

I. Mit Ausnahme des § 461 wird nur in gerichtsseitig bestimmten Terminen verhandelt.

II. In dem regelmäßigen Verfahren mit Parteibetrieb (Gegensatz: Verfahren mit Offizialbetrieb s. unten Ziff. V in dieser Bemerkung) hat die betreibende Partei die Terminsbestimmung, soweit nicht die Ausnahme zu Ziff. III Platz greift, zu erwirken und die erforderlichen Ladungen den Beteiligten (mit Ausnahme der Zeugen und Sachverständigen) zustellen zu lassen. Hierher gehören:

a) Die ersten Verhandlungstermine in jeder Instanz (Ausnahme: EG. z. CPrO. § 7 Abs. 2) einschließlich des ersten Termins zur Verhandlung über die Hauptintervention (§ 61), über Nichtigkeits- und Restitutionsklagen (§§ 541, 548), über die Anfechtungsklagen im Entmündigungsverfahren (§§ 605, 620, 624, 626), über die Klagen im Zwangsvollstreckungs- und Arrestverfahren (§§ 660, 667, 686, 690, 710, 753, 764, 765, 778, 806), über die Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren (§ 834) und über die Klagen im schiedsrichterlichen Verfahren (§ 871).

b) Die ersten auf folgende Gesuche bezw. Anträge folgenden Termine:

α) Gesuch um Vornahme eines Sühneversuchs (§§ 471, 570, 571),

β) Gesuch um Abnahme des Offenbarungeides (§ 781),

γ) Widerspruch gegen einen Arrestbeschluß (§§ 804, 805),

δ) Antrag auf Justifikation einer einstweiligen Verfügung (§ 820),

ε) Antrag auf Vornahme einer richterlichen Handlung im schiedsrichterlichen Verfahren (§ 862).

c) Die ersten Termine zur Verhandlung eines Zwischenstreits mit Nichtparteien (§§ 68, 126).

d) Die ersten Termine in den Fällen, in welchen eine Sache von einem Gerichte an ein anderes verwiesen wurde:

α) Verweisung vom Landgericht an das Amtsgericht (§ 249),

β) Verweisung vom Amtsgericht an das Landgericht (§§ 466, 467),

γ) Rückverweisung vom höheren Gericht an die Vorinstanz (§§ 500, 501, 528).

Bei Verweisung einer Sache von der Kammer für Handelssachen an die Kammer für Civilsuchen und umgekehrt schreibt GVG. § 107 ausdrücklich vor, daß der Termin zur weiteren Verhandlung von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht werde.

e) Der erste Termin vor dem Landgericht, nachdem das Amtsgericht gemäß § 640 über die Zulässigkeit des Einspruchs erkannt hat.

f) Die ersten Termine nach Urteilen in folgenden Fällen.

α) zur Verhandlung über den Einspruch (§ 310);

β) zur Verhandlung über Ergänzungs- und Berichtigungsanträge (§§ 291, 292);

γ) zur Verhandlung über die Hauptsache, nachdem prozeßhindernde Einreden durch ein besonderes Urteil verworfen sind (§§ 248, 465);

δ) zur Verhandlung über den Betrag eines Anspruchs, nachdem ein Urteil über den Grund des Anspruchs ergangen ist (§ 276);

ε) zur Verhandlung über die Rechtskraft eines nicht sofort rechtskräftigen bedingten Endurteils und eventuell zur Eidesleistung [so auch Wach KrVJSchr. XIV S. 354, XV S. 341, v. Kräwel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 341, Fischer Termin und Ladung S. 20 Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 636, Struckmann Mag. f. DR. III S. 318, Jastrow Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 773, Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 117 ff. AM. Baron Zeitschr. f. d. CPr. I S. 401, Boas Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 563, OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXIX S. 452].

ζ) zur Verhandlung über die nach §§ 502 oder 562, 563 vorbehaltenen Verteidigungsmittel bezw. Rechte.

In den Fällen ad γ—ζ kann es vorkommen, daß auf einen in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag der Verhandlungstermin bestimmt und verkündet wird. Wenn dieses geschehen ist, dann entfällt die Ladungspflicht der Partei.

g) Der Termin, welchen der Schuldner zur Ableistung des Offenbarungseids beantragt (§ 783). Zu diesem Termin braucht der Gegner nicht geladen zu werden, wenn der Schuldner verhaftet ist.

h) Der erste Termin zur Aufnahme des Verfahrens (§ 227).

i) Der erste Termin zur mündlichen Verhandlung nach einer Fristbestimmung zur Aufnahme des Beweises (§ 321), nach einer Beschlußfassung gemäß § 329 Abs. 2 und nach einer Fristbestimmung zur Urkundenvorlegung (§ 396, arg. vv. „in einem vom Beweisführer zu erwirkenden Termine").

k) Der erste Termin in den Fällen der §§ 432, 433 Abs. 2.

III. Termine jeder Art zur Fortsetzung oder zum Ersatz einer einheitlichen, nicht unterbrochenen Verhandlung werden von Amtswegen bestimmt. Sühneversuche, vorbereitendes Verfahren (§§ 312 ff.), Beweisaufnahme sind keine Unterbrechungen. Im einzelnen gehören hierher:

a) Termine zur Fortsetzung der aus irgend welcher Ursache nicht zu Ende geführten Verhandlung (§§ 127, 206);

b) Termine zur Fortsetzung der nach §§ 136, 141, 273 getrennten Verhandlungen dgl. zur Verhandlung über die nach § 136 zur getrennten Verhandlung verwiesene oder nach § 273 zur besonderen Verhandlung übrig bleibende Widerklage. Bei Verweisung eines nur einredeweise geltend gemachten Anspruchs zum getrennten Prozesse — §§ 136 Abs. 2, 275 — wird kein Termin zur Verhandlung über diesen Anspruch bestimmt, weil dieser noch nicht rechtshängig ist; s. Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136;

c) Termine zur Verhandlung über den unerledigten Prozeßstoff, nachdem eine Beschränkung der Verhandlung nach § 137 stattfand;

d) Termine zur Fortsetzung der nach §§ 138, 141 verbundenen Prozesse (s. Bem. Nr. 4 zu § 138);

e) Termine nach einem Wiedereröffnungsbeschluß (§ 142);

f) Termine zum Ersatz eines aufgehobenen Termines (§§ 205, 206, 302);

g) der Termin nach einem Sühneversuch innerhalb eines Prozesses (§ 268);

h) Termine zur Verkündung des Urteils oder Beschlusses (§§ 281, 294 Abs. 2);

i) die Termine im vorbereitenden Verfahren (§§ 314, 316) und der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht nach einem vorbereitenden Verfahren (§ 317);

k) die zur Erledigung eines Beweisbeschlusses (§ 326, 333) sowie zu Folge einer nach § 135 ergangenen Anordnung nötig werdenden Termine;

l) der Termin zur mündlichen Verhandlung, nachdem eine Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter stattgefunden hat (§ 335);

m) der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senate des Reichsgerichts nach Einholung einer Entscheidung der vereinigten Civilsenate oder des Plenums über die Rechtsfrage (GVG. § 137 Abs. 5 in der Fassung des RG. v. 17. März 1886 RGBl. S. 61).

IV. Zu den Terminen ad III ist regelmäßig eine Ladung der bereits bei dem Verfahren beteiligten Personen nicht erforderlich; es genügt die von Amtswegen zu bewirkende Bekanntgabe des Termins durch Verkündung (solche ist nach der Prozeßlage unmöglich in den Fällen der §§ 317, 331, 335 Abs. 2 und GVG. § 107) oder Zustellung der Terminsbestimmung. Es bedarf nicht einer Aufforderung zum Erscheinen (des „Formale" der Ladung). Für die verkündeten Termine ergiebt sich das ohne weiteres aus § 195. Für die nicht verkündeten Termine wird in den Mot. S. 159 das Gegenteil behauptet. Allein das Gesetz enthält nicht bloß keine derartige Vorschrift, sondern spricht viermal (§§ 317, 331, 335 Abs. 2, GVG. § 107) von Bekanntmachung des Termins, nicht von Ladung. Die Ladung zu dem ersten Termine erstreckt ihre Wirkung auch auf die Fortsetzungstermine, so daß nur deren Bekanntgabe an die Parteien notwendig erscheint. [Vgl. die Preuß. Formularien in Vierhaus Formularbuch Nr. 21, 32 2c., Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 648 ff., 812 ff., A. Förster N. 2 litt. b zu § 191. AM. Struckm. Koch N. 2 litt. c zu § 191, Wilm. Levy N. 1 vor § 191. Daß aus § 300 Nr. 2 kein Gegenargument zu gewinnen ist, hat Fischer Beitr. S. 820 ff. dargethan.] Ist keine Ladung erforderlich, so bedarf es nicht der Einhaltung einer Ladungsfrist und erfolgt die öffentliche Zustellung ohne Insertion durch Anheftung an die Gerichtstafel. EG. z. CPr. § 7 Abs. 4 ergiebt kein Gegenargument weil das dort vorgeschriebene Verfahren ganz singulärer Natur ist.

Ausnahmsweise wird zu solchen Terminen (ad III) eine Ladung durch die Partei erfordert in den Fällen der §§ 300, 302, 316, zu Terminen zur Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis (§ 452), ferner in Ehesachen und im Entmündigungsverfahren vor dem Landgericht (§§ 578 Abs. 2, 611, 620 Abs. 4, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4). In dem Falle sub litt. m ist Ladung von Amtswegen geboten. Eine besondere Art von Ladung ist für das Aufgebotsverfahren vorgeschrieben; dieselbe erfolgt von Amtswegen.

V. In dem Verfahren mit Offizialbetrieb werden die Termine durchweg von Amtswegen bestimmt. Zu den ersten Terminen werden die Beteiligten geladen. Das Formale der Ladung ist notwendig. Die Ladungsfrist ist zu beobachten. Zu den Fortsetzungs- und Ersatzterminen aber ist eine Ladung nicht nötig. Sind solche Termine nicht verkündet, so ist die Terminsbestimmung den Beteiligten von Amtswegen zuzustellen. Hierher gehören:

a) das Verfahren über die Berechtigung eines Zeugen oder Sachverständigen zur Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens im Falle des § 354;

b) das Verteilungsverfahren (§§ 759 ff.);

c) die Fälle der fakultativen mündlichen Verhandlung (s. Bem. Nr. 6 zu § 119).

VI. Im Entmündigungsverfahren vor dem Amtsgericht sind zwar alle Termine von Amtswegen zu bestimmen; das Gericht ist aber weder dem Antragsteller, noch dem zu Entmündigenden gegenüber an die prozessualische Form der Ladung, folglich auch nicht an eine Ladungsfrist gebunden.

3. Ein Mangel in den Erfordernissen der Ladung, insbesondere auch die nicht ordnungsmäßige Zustellung einer Ladung macht dieselbe ungültig nach Maßgabe der der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze.

B. **Fristen** §§ 194, 198—204, 207.

Litteratur: Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXVI S. 264 ff., Planck I S. 503 ff., Hellmann Lehrb. S. 355 ff.

4. Das Gesetz kennt folgende Arten von Fristen (im weiteren Sinn):

I. Fristen als Zeitgrenzen für die Vornahme prozessualischer Handlungen der Parteien oder dritter — **eigentliche Fristen.** Ist deren Länge im Gesetze bestimmt, so sind es gesetzliche, wird die Länge im einzelnen Fall vom Richter bestimmt, so sind es richterliche Fristen. Der Unterschied zwischen beiden Arten von Fristen ist für die Möglichkeit der Verkürzung und Verlängerung bedeutsam; richterliche Fristen können allgemein, gesetzliche Fristen nur in besonders bezeichneten Fällen auf Antrag verkürzt und verlängert werden.

Gesetzliche Fristen dieser Art sind:

a) Die Frist zur Einreichung des Kostenverzeichnisses in § 100;

b) die Frist zur Einsicht der auf der Gerichtsschreiberei hinterlegten Urkunden in § 125 Abs. 2 und die Frist zur Zurückgabe der Urkunden in § 126 Abs. 2;

c) die Einlassungsfristen d. h. die Zeiträume, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift, Berufungs-, Revisionsschrift und dem ersten Termin zur mündlichen Verhandlung liegen sollen (§§ 234, 459, 481, 517, 567 Abs. 2, GVG. § 102);*)

d) die Ladungsfristen, d. h. Fristen, welche zwischen der Zustellung einer nicht die Instanz eröffnenden Ladung und dem Terminstage liegen sollen: (§§ 194, 217 Abs. 3, 456, 636);*)

e) die Fristen für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze: für die Klagebeantwortung Beantwortung der Berufungs- und Revisionsschrift (§§ 244, 484, 519), für sonstige vorbereitende Schriftsätze (§§ 123, 245 Abs. 2). Die unter litt. c bis e bezeichneten Fristen sind sog. Zwischenfristen (s. u. S. 237).

f) Die Fristen für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 212, 213, 214 Abs. 3);

g) die Fristen für den Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes (§ 291) und auf Ergänzung des Urteils (§ 292);

h) die Fristen zur Einlegung des Einspruchs (§ 304), der Berufung (§ 477), der Revision (§ 514), der sofortigen Beschwerde (§ 540 Abs. 2), zur Erhebung der Restitutions- und Nichtigkeitsklage (§ 549), der Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil (§ 835) und gegen einen Schiedsspruch (§ 870);

i) die Fristen zur Anfechtung des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses in §§ 605 und 624;

k) die Frist zur Erhebung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl (§§ 632, 634);

l) die Fristen für die Erhebung der Klage bzw. für das Gesuch um den Vollstreckungsbefehl in §§ 637 und 641;

---

*) Die Motive bezeichnen die Einlassungs- und die Ladungsfristen irrtümlich als richterliche Fristen. Daß sie gesetzliche Fristen sind, soweit nicht, wie in §§ 217 Abs. 3, 234 Abs. 2 (cf. §§ 481, 517) und 459 Abs. 2, deren Zeitmaß durch den Richter zu bestimmen ist, ergiebt sich sowohl aus dem Begriffe der gesetzlichen Frist (s. o.) als auch aus § 204 Abs. 1. Dieser § 204 Abs. 1 wäre überflüssig, wenn die Einlassungs- und Ladungsfristen als richterliche Fristen zu betrachten wären; denn wäre dies der Fall, so würde sich die Möglichkeit der Abkürzung aus § 202 Abs. 2 ergeben und nicht besonderer Zulassung bedurft haben. [Vgl. Planck I S. 505.] Übrigens hat die Frage, ob die bezeichneten Fristen unter die eine oder die andere Kategorie gehören, keine praktische Bedeutung. Denn der Punkt, in welchem gesetzliche und richterliche Fristen sich praktisch unterscheiden, ist die Verlängerungs- und Verkürzungsmöglichkeit (s. o.). Für die Einlassungs- und die Ladungsfristen ist in § 204 die Möglichkeit der Verkürzung ausdrücklich statuiert. Die Verlängerung derartiger Fristen kann überhaupt nicht direkt, sondern nur durch Terminsverlegung erreicht werden.

m) die Frist für die Erklärung des Drittschuldners § 739;

n) die Frist zur Pfändung einer Forderung nach vorhergehender Benachrichtigung des Drittschuldners in § 744 Abs. 2;

o) die Frist zur Einreichung einer Berechnung der Forderung im Verteilungsverfahren in § 759 (vgl. § 760);

p) die Frist zum Nachweise, daß gegen die bei dem Verteilungsverfahren beteiligten Gläubiger Klage erhoben ist, in § 764;

q) die Fristen für die Vollziehung und Zustellung des Arrestbefehls in § 809 Abs. 2 und 3;

r) die Frist für den Antrag auf Bestimmung eines neuen Aufgebotstermins in § 831;

s) die Frist zur Bezeichnung des Schiedsrichters in §§ 855 und 857.

Von diesen gesetzlichen Fristen sind die sub litt. h angeführten im Gesetz als **Notfristen** bezeichnet. Notfristen können weder durch Vereinbarung der Parteien noch durch das Gericht abgekürzt oder verlängert werden (§§ 202, 204). Der Lauf der Notfristen wird durch die Gerichtsferien nicht gehemmt (§ 201). Nur gegen Versäumung von Notfristen giebt es Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 211).

Zeitmaße der gesetzlichen Fristen:

Nach Stunden (24 Stunden) bestimmte gesetzliche Fristen kommen vor in §§ 194, 234 Abs. 1, 459 Abs. 1, 567 Abs. 2. Dieselben sind a momento ad momentum zu berechnen. § 201 ist nicht anwendbar.

Nach Tagen bemessene gesetzliche Fristen kommen vor in §§ 123 Abs. 1 u. 2, 125 Abs. 2, 126 Abs. 2, 194, 459, 567 Abs. 2. Auch die beweglichen Fristen der §§ 244, 484, 519 sind nach ganzen Tagen zu bemessen. Wegen Berechnung derselben s. §§ 199, 201.

Nach Wochen bemessene gesetzliche Fristen kommen vor in §§ 100, 123 Abs. 1, 194, 212 Abs. 2, 291 Abs. 1, 292 Abs. 2, 304 Abs. 1, 459 Abs. 1, 540 Abs. 2, 567 Abs. 2, 632, 739 Abs. 1, 744 Abs. 2, 759, 809 Abs. 2 und 3, 855, 857 und GVG. § 102 Abs. 1. Wegen Berechnung derselben s. §§ 200 und 201.

Nach Monaten bemessene gesetzliche Fristen kommen vor in §§ 213 Abs. 2, 214 Abs. 3, 234 Abs. 1, 477 Abs. 1, 514 Abs. 1, 549 Abs. 1, 605 Abs. 1, 624 Abs. 1, 637, 641, 764, 831, 835 Abs. 1, 870 Abs. 1, Wegen Berechnung derselben s. §§ 200 und 201.

Nach Jahren bemessene gesetzliche Fristen kommen vor in §§ 212 Abs. 3, 549, Abs. 2, 835 Abs. 2, 870 Abs. 2. Diese Fristen sind im Gesetz nicht als Notfristen bezeichnet. [Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 417 ff.] Über die Berechnung derselben bestimmt das Gesetz nichts. Aber entsprechende Anwendung des § 200 dürfte sich rechtfertigen lassen, weil die dortige Berechnungsweise die im modernen Recht übliche ist [so auch A. Förster N. 2 zu § 200.] Dagegen ist § 201 auf die Berechnung dieser Fristen nicht anwendbar, die Gerichtsferien hemmen den Lauf derselben nicht. In den Motiven S. 342 und KPr. S. 279 sowie von verschiedenen Schriftstellern werden die obigen Jahresfristen als Verjährungsfristen bezeichnet; daraus wird deduziert, daß sie durch die Ferien nicht gehemmt werden. Die Bezeichnung als Verjährungsfristen legt den Gedanken nahe, daß auf diese Fristen die materiellrechtlichen Regeln über Anspruchsverjährung (insbesondere auch die über Unterbrechung der V.) anwendbar seien. Dies ist entschieden unrichtig. In allen jenen Fällen liegen befristete prozessualische Befugnisse vor, auf welche die Regeln des bürgerlichen Rechts über Anspruchsverjährung nicht anwendbar sind. [Über den Unterschied zwischen Befristung eines Rechts und Verjährung s. Grawein Verjährung und Befristung 1879.] Nicht daraus, daß jene Fristen den prozessualischen Regeln entzogen wären, folgt deren Unempfindlichkeit gegen die Ferien,

sondern aus ihrer Zeitdauer; diese macht es im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß sie von § 201 betroffen werden sollen. [Im Resultat ebenso Struckm. Koch N. 1 zu § 201, Gaupp I S. 515 f., A. Förster N. 3 litt. e zu § 194, Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 417 ff., Eccius in den Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 738, Schwalbach a. a. O. S. 276, Alexander-Katz Ztschr. f. d. CPr. VII S. 508, Planck I S. 516 N. 90, Hellmann Lehrb. S. 361.]

Richterliche Fristen der ad I bezeichneten Art sind:

a) die Frist zur Beseitigung eines Mangels bei der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters oder der Ermächtigung zur Prozeßführung in § 54 Abs. 2;

b) die Frist zur Beibringung der Genehmigung der Prozeßführung in § 85;

c) die Frist zur Leistung der Sicherheit für die Prozeßkosten in § 105;

d) die Ladungsfrist des § 217 Abs. 3;

e) die Frist zur Bestellung eines neuen Anwalts in § 221 Abs. 2;

f) die Einlassungsfrist im Falle des § 234 Abs. 2 (vgl. §§ 481, 517) und des § 459 Abs. 2;

g) die Fristen zur Zustellung vorbereitender Schriftsätze in § 245 Abs. 2;

h) die Einspruchsfrist im Falle des § 304 Abs. 2 [AM. Planck I S. 507 N. 23];

i) die Frist zur Aufnahme des Beweises in § 321;

k) die Frist zur Beibringung der Urkunde über eine im Auslande zu betreibende Beweisaufnahme in § 329 Abs. 3;

l) die Frist zur Hinterlegung eines Vorschusses zur Deckung der Staatskasse wegen der durch eine Zeugenvernehmung erwachsenden Auslagen in § 344;

m) die Frist zur Herbeischaffung der in den Händen eines Dritten befindlichen Urkunde in § 393, 396;

n) die Frist zur Beibringung der Entscheidung des Prozeßgerichtes in den Fällen der §§ 688 Abs. 2, 690 Abs. 3, 710 Abs. 4;

o) die Frist zur Klagestellung nach Erlassung eines Arrestbefehls in § 806;

p) die Frist zur Vorladung zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung in § 820 Abs. 1.

Natürlich können richterliche Fristen auch in anderen Fällen vorkommen.

Unter den richterlichen Fristen ist eine Notfrist, nämlich die nach § 304 Abs. 2 zu bestimmende Einspruchsfrist. Richterliche Fristen können nach Stunden, Tagen, Wochen, Monaten bemessen werden. Auf die Berechnung derselben findet das über Berechnung der gesetzlichen Fristen Bemerkte entsprechende Anwendung.

Unter den gesetzlichen und den richterlichen Fristen sind **Zwischenfristen**, d. s. Fristen, welche zwischen einer Parteihandlung und einem Termine in der Mitte liegen sollen. [Schwalbach a. a. O. will diese Fristen aus der allg. Kategorie der Zeitbestimmungen für Parteihandlungen ausscheiden. Er nennt sie „Rechtzeitigkeitsmaße".] Hierher gehören die Einlassungsfristen: §§ 234, 459, 481, 514, 567 Abs. 2, Ladungsfristen: §§ 194, 456, 462, 636 und die Fristen, welche die Zustellung vorbereitender Schriftsätze regeln: §§ 123, 239 Abs. 2, 244, 484, 519. Diese Fristen sind in der Art zu berechnen, daß die volle Frist zwischen den beiden Tagen, welche als Anfangs- bzw. Endpunkt erscheinen, d. i. zwischen dem Zustellungstag und dem Terminstag, freibleibt. § 200 findet entsprechende Anwendung (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 200). Dieselben werden durch die Gerichtsferien nicht gehemmt (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 201).

II. Fristen als Zeitgrenzen für die Vornahme von Handlungen des Gerichts oder des Vorsitzenden oder Gerichtsvollziehers — **uneigentliche Fristen** [vgl. Schwalbach a. a. O. S. 264 ff.]. Dieselben sind stets gesetzlich zugemessen. Es sind folgende:

a) die Frist zur Bestimmung der Termine in § 193 Abs. 2;

b) die Frist zur Verkündung des Urteils in § 281;

c) die Frist zur Abgabe des Urteils an den Gerichtsschreiber in § 286 Abs. 2;

d) die Frist zur Aushängung des Urteilsverzeichnisses in § 287;

e) die Frist zur Einforderung der Prozeßakten in §§ 506, 529;

f) die Frist zur Vorlegung der Beschwerde an das Beschwerdegericht in § 534 Abs. 2;

g) die Frist, welche nach § 717 zwischen der Pfändung und der Versteigerung liegen soll;

h) die Frist zur Niederlegung des Teilungsplans auf der Gerichtsschreiberei in § 761;

i) die Frist für die Dauer der Zwangshaft in § 794;

k) die Fristen, welche nach §§ 827, 843, 844, 845, 846, 847 bei Bestimmung des Aufgebotstermins zu beobachten sind.

Diese Fristen sind mit Ausnahme der ad litt i und k erwähnten nur instruktionell. Die Nichteinhaltung der instruktionellen Fristen hat keine prozessualische Bedeutung [vgl. Eccius in Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 739]. Die Fortsetzung der Haft über die des § 794 kann kriminelle oder disziplinäre Bestrafung des Richters zur Folge haben. Die Nichteinhaltung der Fristen ad litt. k begründet die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil.

Auf die Berechnung dieser uneigentlichen Fristen finden die §§ 199, 200 Anwendung. Die nach Stunden bemessenen uneigentlichen Fristen sind a momento ad momentum zu berechnen. Die Gerichtsferien hemmen den Lauf der uneigentlichen Fristen nicht.

III. Eigenartige, weder zur Gruppe I noch zur Gruppe II gehörige Zeitbestimmungen enthält § 189 Abs. 1 und 2. Die Berechnung derselben erfolgt nach § 200. Die Gerichtsferien sind für diese Zeitbestimmungen ohne Bedeutung.

§ 191.

Die Ladung zu einem Termine erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will.

Ist mit der Ladung zugleich eine Klageschrift oder ein anderer Schriftsatz zuzustellen, so ist die Ladung in den Schriftsatz aufzunehmen.

Mot. S. 157—160. KPr. S. 74, 532.

1. Ladung ist die Aufforderung, in einem vom Vorsitzenden oder vom beauftragten oder ersuchten Richter bestimmten Termin zu erscheinen (Ladungsformale). Bestimmte Worte sind nicht vorgeschrieben. Der Gebrauch der Worte: „Ich lade" oder „Der Beklagte (Kläger, Zeuge 2c.) wird hiermit vorgeladen" empfiehlt sich im Anschluß an die Terminologie des Gesetzes. Die Ladung ist zuzustellen. Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem eine Terminsbestimmung steht, aber nicht die Aufforderung zum Erscheinen, ist nicht Ladung. Vgl. Bem. Nr. 4 zu § 479 und die dort cit. Urt. d. RG. Ebensowenig die Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem zwar die Aufforderung zum Erscheinen aber kein Termin steht. [RG. 21. Juni 1884 Entsch. XIII Nr. 83 S. 335; vgl. a. IX Nr. 113]. Über die Folgen nicht ordnungsmäßiger Ladung s. Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 10 ff.

2. Daß mit der Ladung zugleich ein Schriftsatz weiteren Inhalts zuzustellen ist, in welchen die Ladung aufgenommen werden muß, ist vorgeschrieben in den §§ 230, 305, 479, 515, 548. In anderen Fällen soll die Ladung auch in den etwa gleichzeitig zuzustellenden Schriftsatz aufgenommen werden; da aber die Zustellung anderer Schriftsätze nur instruktionell vorgeschrieben ist, so kann der Gültigkeit einer separaten Ladungsschrift nicht entgegengehalten werden, daß die Ladung in einen gleichzeitig zugestellten Schriftsatz aufzunehmen gewesen wäre. [So auch Struckm. Koch Nr. 3, A. Förster N. 4. AM. Wilm. Levy N. 2.] Tritt die Ladung

in Verbindung mit einem Schriftsatz, so enthält der Schriftsatz die Angabe der Parteien, ihrer Parteistellung und die Bezeichnung des Streitgegenstandes (§ 124 Nr. 1); außerdem muß die Ladung diese Angaben enthalten.

3. Über die Fälle, in denen eine Ladung zu Terminen nicht erforderlich, sowie über die Frage, ob eine Ladung durch die Parteien oder von Amtswegen erforderlich ist s. Bem. Nr. 2 Ziff. II—V vor § 191.

§ 192.

In Anwaltsprozessen muß die Ladung zur mündlichen Verhandlung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen.

Mot. S. 157, 160. KPr. S. 74. 532.

1. Litteratur: Barazetti Bad. Ann. LI S. 108 ff., S. 122 ff. — Die Aufforderung zur Anwaltsbestellung ist erforderlich im Anwaltsprozesse (§ 74) bei der Ladung zu dem ersten Termin zur mündlichen Verhandlung über die Klage (§ 230) einschließlich der Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§§ 541, 548), der Anfechtungsklage im Entmündigungsverfahren (§§ 605, 620, 624, 626), der Klage im Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 660, 667, 686, 690, 710, 753, 764, 765, 778, 806), der Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren (§ 834), der Klage im schiedsrichterlichen Verfahren (§ 871); bei der Ladung zum ersten Termine zur Verhandlung vor dem Landgericht in den Fällen der §§ 466, 467, 640; bei der Ladung zu dem ersten Verhandlungstermin über Berufung oder Revision (§§ 479, 515), zu dem ersten Verhandlungstermin über Aufnahme des Verfahrens (§§ 217 Abs. 2, 221 Abs. 2, 227), zu dem ersten Termin zur Verhandlung über Gesuche um Arrest oder einstweilige Verfügung, wenn mündliche Verhandlung angeordnet ist (§§ 801 Abs. 1, 802, 815), bgl. zur mündlichen Verhandlung über Anträge auf Aufhebung von Arresten und einstweiligen Verfügungen (§§ 804, 815); immer nur unter der Voraussetzung, daß nicht die Zustellung an einen Rechtsanwalt erfolgt, einerlei, ob der Rechtsanwalt bei dem Prozeßgericht zugelassen ist oder nicht. Die Aufforderung hat den Zweck, die Partei über den Anwaltszwang zu belehren, was bei Zustellung an den rechtskundigen Anwalt unnötig ist. Deswegen ist auch gleichgültig, ob dem Anwalt als Partei, als gesetzlichem Vertreter oder als Bevollmächtigten zugestellt wird.

2. Erfolgt in den Fällen der sog. fakultativen mündlichen Verhandlung (Bem. Nr. 6 zu § 119) Ladung zur mündlichen Verhandlung (s. Bem. Nr. 6 litt. e zu § 119), so muß dieselbe im Anwaltsprozesse auch die Aufforderung zur Anwaltsbestellung enthalten.

3. Nichtbeachtung der Vorschrift des § 192 macht die Ladung ordnungswidrig. [AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 384 f.] Doch kann diese Ordnungswidrigkeit nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze geheilt werden.

§ 193.

Die Ladung ist zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen.

Die Bestimmung der Termine erfolgt binnen vierundzwanzig Stunden durch den Vorsitzenden.

Auf Sonntage und allgemeine Feiertage sind Termine nur in Notfällen anzuberaumen.

Mot. S. 37 38 157—160. KPr. S. 74 532.

1. Die Terminszeit wird stets von dem Vorsitzenden bzw. dem beauftragten oder ersuchten Richter, niemals vom Gericht bestimmt. Die Termine auf eine bestimmte Stunde, nicht bloß auf Vor- oder Nachmittag, anzusetzen, ist nicht geboten, aber zweckmäßig [AM. Wach Vortr. S. 115 N. *] und jedenfalls zulässig (KPr. S. 532)]. Wird keine Stunde angegeben, so ist der Termin zum Beginn der Gerichtszeit angesetzt. Wegen Versäumung der Terminszeit s. Bem. Nr. 2 zu § 197.

2. In dem Verfahren mit Parteibetrieb ist es Sache einer Partei zu den in Bem. Nr. 2 Ziff. II vor § 191 (S. 232 f.) bezeichneten Terminen zu laden. Die Partei, welche laden will, hat das Ladungsformale (s. Bem. Nr. 1 zu § 191) mit dem schriftlich oder mündlichen Ersuchen um Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber des Gerichts einzureichen, vor welchem die Verhandlung stattfinden soll. Im Verfahren vor den Amtsgerichten (vgl. a. § 315) kann das Ladungsformale zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden (§§ 457, 462). Der Vorsitzende hat zu prüfen: a) ob das Ladungsformale (dazu gehört auch die Angabe des Zweckes der Ladung) vorhanden ist. [Vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 29 N. 28 a. E.] Fehlt die Unterschrift, so ist das Formale unvollständig; daher die Terminsbestimmung zu versagen. Ebenso, wenn einer Ladung im Anwaltsprozeß die Unterschrift eines bei dem Gericht zugelassenen Anwalts fehlt; denn im Anwaltsprozeß sind Prozeßhandlungen ohne Anwalt nicht zu beachten. b) Ob die Ladung zum Zwecke eines civilprozessualischen Verfahrens erfolgen soll. Würde sich aus der Ladung ergeben, daß ein solches Verfahren überhaupt nicht beabsichtigt ist (z. B. Ladung zum Zwecke eines Geschäftsabschlusses), so wäre die Terminsbestimmung zu versagen. c) Ob das beabsichtigte civilprozessualische Verfahren ein solches ist, in welchem der Parteibetrieb Platz greift. In dem Verfahren mit Offizialbetrieb (s. Bem. Nr. 2 Ziff. V vor § 191 S. 234) werden die Termine von Amtswegen bestimmt. Wird seitens einer Partei ein Ladungsformale eingereicht, aus welchem hervorgeht, daß die beabsichtigte Ladung ein Verfahren betrifft, in welchem die Partei überhaupt nicht die Befugnis zu laden hat, so hat der Vorsitzende die Termінseinsetzung zu verweigern. Dies gilt insbesondere auch in dem Verfahren mit fakultativ mündlicher Verhandlung (s. Bem. Nr. 6 litt. e zu § 119 S. 160); [vgl. Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 18 f. AM. Fortenbach Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 153 ff.] d) Der Vorsitzende muß die Ladung verweigern, wenn der zu Ladende zu dem in EG. z. CPrO. § 5 und EG. z. GVG. § 5 bezeichneten Personenkreise gehört und durch die dort vorbehaltenen Partikulargesetze der Gerichtsbarkeit des betreffenden Gerichts entzogen ist; desgleichen, wenn und soweit der zu Ladende nach GVG. § 18 ff. der inländischen Gerichtsbarkeit entzogen ist [vgl. Eccius a. a. O. S. 20.]

Aus anderen Gründen darf der Vorsitzende die Terminsbestimmung nicht verweigern. a) Der Vorsitzende hat weder die Zulässigkeit des Rechtswegs, noch die Prozeßfähigkeit, noch die Legitimation des gesetzlichen Vertreters, noch die Bevollmächtigung, noch die Zuständigkeit, noch die formelle Zulässigkeit des Einspruchs oder Rechtsmittels, noch die Zulässigkeit der höheren Instanz zu prüfen. Er kann daher die Terminsbestimmung nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, Unzulässigkeit der Instanz, wegen Mangels der Prozeßfähigkeit, der Legitimation, Bevollmächtigung, wegen Unzuständigkeit 2c. 2c. versagen [vgl. Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1 ff., welcher von Vorstehendem nur in dem Punkte abweicht, daß er wegen Unzulässigkeit der Instanz — z. B. Ladung zur Verhandlung über Revision gegen ein Urteil erster Instanz — Terminsverweigerung für gerechtfertigt hält. Inkonsequent; denn die Frage, ob es zulässig ist, die höhere Instanz anzugehen, dürfte von der Frage nach der formalen Zulässigkeit des Rechtsmittels prinzipiell nicht zu scheiden sein. Der von Eccius a. a. O. S. 14 N. 19 cit. Beschl. d. RG. dürfte unrichtig sein.] b) Der Vorsitzende hat nicht zu prüfen, ob der Inhalt

des Schriftsatzes, in welchen die Ladung aufgenommen ist, den für den betreffenden Schriftsatz aufgestellten formellen Erfordernissen genügt; er darf die Terminsbestimmung nicht deswegen verweigern, weil der Schriftsatz diesen Erfordernissen offenbar nicht entspricht. Der Vorsitzende hat also z. B. nicht zu prüfen, ob der als Klage auftretende Schriftsatz den Erfordernissen des § 230 entspricht; er kann den Termin nicht verweigern, weil der Schriftsatz keine ordnungsmäßige Klageschrift ist [vgl. Mot. S. 158, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 493 und 496, A. Förster N. 3, Alexander-Katz Schriftsätze und Anwaltszwang S. 37, Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 629, Fortenbach Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 153 ff., Hellmann Lehrb. S. 396. AM. Wach Vortr. S. 24 N., Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 273 N. 24, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 9. Die gegnerische Ansicht führt auf eine schiefe Ebene, auf welcher kein Halt mehr ist, ehe man bei der Abweisung der Klage a limine wegen irgend eines prozessualischen Mangels angelangt ist. Was ist zwischen dem Mangel einer dem Prozeßgesetze entsprechenden Klageschrift und dem Mangel einer Prozeßvoraussetzung für ein begrifflicher Unterschied, welcher es rechtfertigte, nur die Kognition über die Ordnungsmäßigkeit der Klageschrift in das Stadium der Terminsbestimmung zu verlegen?] Was von der Klageschrift gesagt ist, findet auf die Einspruchs-, Berufungs-, Revisionsschrift entsprechende Anwendung. c) Dem Vorsitzenden steht keine Prüfung darüber zu, ob der in dem Schriftsatze enthaltene Antrag materiell gerechtfertigt ist. Auch wenn dies offenbar nicht der Fall ist, kann der Termin nicht verweigert werden. d) Besonderes gilt in Ehesachen: § 570.

In den Fällen, in welchen eine der Partei obliegende Ladung zu verkündetem Termine ausnahmsweise nötig ist (s. Bem. Nr. 1 zu § 195), unterbleibt die Einreichung der Ladung zur Terminsbestimmung.

3. Bei Anberaumung des Termins hat der Vorsitzende die konkreten Umstände, die gesetzlichen Minimalfristen (vgl. §§ 123, 194, 234, 244, 459, 462, 481, 484, 517, 519, 567 Abs. 2, 636 Abs. 2 rc.), sowie etwaige besondere Anträge der ladenden Partei (vgl. § 204) in Berücksichtigung zu ziehen.

Die Fristbestimmung in Abs. 2 hat nur instruktionelle Bedeutung (s. o. S. 238).

4. Es ist Sache der betreibenden Partei, die Ladung mit der Terminseinsetzung auf der Gerichtsschreiberei abzuholen und für die Zustellung zu sorgen. Insoweit eine Zustellung der Ladung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist (§§ 152, 154, 458, 462), hat der Gerichtsschreiber sofort für Zustellung der Ladung an den Gegner zu sorgen, sofern nicht die Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

5. Gegen Verweigerung der Terminsbestimmung ist nach § 530 Beschwerde statthaft.

6. Zu Abs. 3: Wegen der Feiertage s. Bem. Nr. 1 zu § 171.

§ 194.

Die Frist, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll (Ladungsfrist), beträgt in Anwaltsprozessen mindestens eine Woche, in anderen Prozessen mindestens drei Tage, in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

Mot. S. 161, 162. KPr. S. 74, 533.

1. Über die rechtliche Natur der Ladungsfristen und über deren Berechnung s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 235 ff.). Besondere Ladungsfristen s. §§ 456, 462, 636. Die Ladungsfristen sind nicht zu beobachten, wenn Fortsetzungstermine von Amtswegen bestimmt werden (s. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191, S. 234). Bei Ladungen von Amtswegen (s. Bem. Nr. 2 Ziff. V vor § 191, S. 234) sind die Ladungsfristen zu beobachten.

2. Die Nichteinhaltung der Ladungsfrist zieht Rechtsnachteile zur Sache nicht nach sich. Bei Nichteinhaltung kann kein Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Geladenen erlassen werden (§ 300 Nr. 2); der erschienene Geladene kann Vertagung des Termins wegen Nichteinhaltung der Ladungsfrist auf Kosten des Ladenden (§ 90) verlangen, wenn Verschulden vorliegt.

§ 195.

Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist eine Ladung der Parteien nicht erforderlich.

Mot. S. 159, 160. KPr. S. 74, 533.

1. Die Verkündung des Termins in der mündlichen Verhandlung ersetzt die Ladung, einerlei ob bei der Verkündung die eine oder die andere Partei oder ob beide Parteien anwesend waren (§§ 283, 294 Abs. 2). Ausnahmen enthalten die §§ 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611 Abs. 1, 620, 624, 626; trotz der Verkündung der Terminsbestimmung hat in diesen Ausnahmefällen die erschienene Partei die nicht erschienene Gegenpartei zu dem neuen Termine zu laden.

2. Bei Bestimmung der verkündeten Termine ist, abgesehen von den in Bem. Nr. 1 angeführten Ausnahmen, eine Ladungsfrist nicht zu beobachten, da eine Ladung nicht erforderlich ist (vgl. Bem. Nr. 2 IV vor § 191 S. 234). Wegen Terminsbestimmung nach Wiedereröffnung des Verfahrens s. Bem. Nr. 1 zu § 142.

§ 196.

Die Termine werden an der Gerichtsstelle abgehalten, sofern nicht die Einnahme eines Augenscheins an Ort und Stelle, die Verhandlung mit einer am Erscheinen vor Gericht verhinderten Person oder eine sonstige Handlung erforderlich ist, welche an der Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern sind nicht verpflichtet, persönlich an der Gerichtsstelle zu erscheinen.

Mot. S. 160. KPr. S. 74, 533.

1. Einen Termin aus anderen als den hier speziell angeführten Gründen anderswo als an der Gerichtsstelle abzuhalten, ist nicht statthaft. Gerichtsstelle sind die Arbeitsräume des Prozeßgerichts oder des ersuchten Gerichts.

2. Zu Abs. 2 vgl. EG. zur CPrO. § 5 und EG. zum GVG. § 5. Abs. 2 gilt im ganzen Reich.

§ 197.

Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache.

Der Termin ist von einer Partei versäumt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt.

Mot. S. 161. KPr. S. 74, 533.

1. Der Aufruf der Sache besteht darin, daß durch den Vorsitzenden bekannt gegeben wird, daß der Termin in dieser Sache beginne. Der Aufruf der Sache kann erfolgen, sobald die Terminsstunde und, wenn der Termin nicht auf eine bestimmte Stunde gesetzt war, die übliche Gerichtszeit (s. Bem. Nr. 1 zu § 193) angebrochen ist. Es braucht nicht der Ablauf der Stunde oder irgend ein anderer Zeitraum nach Anbruch der Stunde abgewartet zu werden. Ist auf Vormittags neun Uhr geladen, so kann mit dem Glockenschlage neun der Aufruf er-

folgen. Der Aufruf einer Sache kann nach Anbruch der Terminsstunde bis zum Ende der Gerichtszeit erfolgen.

2. Die Versäumung eines Termins mit ihren Folgen tritt nicht (wie nach dem Preußischen und Hannoverschen Prozeßrecht) mit dem Beginne, sondern erst mit dem Schlusse des Termins ein. Erscheint eine Partei zwar nach dem Beginne des Termins, aber noch vor dem Schlusse desselben, so kann sie alle ihr zustehenden Befugnisse ausüben. Insbesondere kann in den Terminen zur mündlichen Verhandlung die nachträglich, aber noch vor Schluß des Termins erscheinende Partei in die mündliche Verhandlung eintreten, wie wenn sie zu Anfang des Termins erschienen wäre. Wegen des Zeitpunktes „Schluß der Verhandlung" vgl. § 127 Abs. 4 und Bem. Nr. 3 litt. d dazu.

Der Schluß der Verhandlung und damit die Folge der Terminsversäumnis können vor Ablauf der Gerichtszeit eintreten. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ohne Angabe einer Terminsstunde geladen ist; denn eine solche Ladung geht auf den Beginn der Gerichtszeit [so auch Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXVI S. 261. Unrichtig Volgiano Handb. S. 106].

§ 198.

Der Lauf einer richterlichen Frist beginnt, sofern nicht bei Festsetzung derselben ein anderes bestimmt wird, mit der Zustellung des Schriftstücks, in welchem die Frist festgesetzt ist, und, wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf, mit der Verkündung der Frist.

Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, beginnt mit dieser auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.

Mot. S. 162, 163. KPr. S. 74, 533.

1. Über die Begriffe gesetzliche und richterliche Frist s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 234 f.).

2. Zu Abs. 1: Da bei allen gesetzlichen Fristen der Beginn kraft Gesetzes an ein bestimmtes prozessualisches Ereignis geknüpft ist, so bedurfte es keiner allgemeinen Bestimmung über deren Beginn. Abs. 1 betrifft nur richterliche Fristen. Einer Zustellung der die richterliche Frist festsetzenden Entscheidung bedarf es nach §§ 283, 294 nicht, wenn die Entscheidung verkündet worden ist. — Es kann sein, daß die richterliche Frist weder mit der Zustellung noch mit der Verkündung, sondern mit einem anderen, bei der Festsetzung bestimmten Ereignis beginnt.

3. Zu Abs. 2: Ist der Beginn einer richterlichen oder gesetzlichen Frist von einer Zustellung abhängig, wie bei der Einspruchs-, Berufungs-, Revisions-, Beschwerdefrist, so beginnt der Fristenlauf mit der Zustellung nicht nur für die Partei, an welche zugestellt wird, sondern auch für die betreibende Partei. Die Partei, welche ein für beide Parteien appellables Urteil zustellt, eröffnet den Beginn der Berufungsfrist nicht bloß für den Gegner, sondern auch für sich. Der Kläger, welcher im Falle des Ausbleibens des Beklagten ein Versäumnisurteil erwirkt hat, in welchem teilweise dem Antrage gemäß erkannt, teilweise die Klage abgewiesen wurde, eröffnet durch Zustellung dieses Urteils dem Beklagten die Einspruchs- und sich selbst die Berufungsfrist. — Bei Zustellungen im Auslande ist der Zeitpunkt der ausgeführten Zustellung, bei öffentlichen Zustellungen der nach § 189 zu berechnende Zeitpunkt, in welchem das Schriftstück als zugestellt gilt, auch für die betreibende Partei maßgebend. — Wird mehreren Streitgenossen an verschiedenen Tagen zugestellt, so läuft nicht bloß für den einzelnen Streitgenossen eine an verschiedenen Tagen beginnende Frist, sondern es beginnt auch für den Zustellenden

den einzelnen Streitgenossen gegenüber die Frist, welche er sich selbst eröffnet hat, an verschiedenen Tagen.

Auf Zustellungen von Amtswegen ist Abs. 2 des § 198 nicht anwendbar, wohl aber auf Zustellungen, welche gemäß § 154 unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgt. [Unrichtig Meyer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 50 ff. Dagegen Kurlbaum eod. S. 63 ff.]

§ 199.

Bei der Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll.

Mot. S. 163. KPr. S. 74, 533. **Vgl. StPrO. § 42.**

1. Das Verzeichnis der nach Tagen bestimmten gesetzlichen Fristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 236). — Die Frist läuft mit dem Ende (Mitternacht) des letzten Tages ab. — Der Schalttag wird als selbständiger Tag gezählt.

2. Den im Norbd. E. § 224 (vgl. a. HGB. Art. 328 Nr. 1) enthaltenen Satz, daß unter einer auf acht oder vierzehn Tage bestimmten Frist volle (also unter Ausschluß des Anfangstags zu berechnende) acht oder vierzehn Tage zu verstehen seien, bezeichnen die Mot. S. 163 als selbstverständlich. Gewiß mit Recht für vierzehntägige Fristen. Nicht zweifellos, ob zutreffend für achttägige Fristen, da der gemeine Sprachgebrauch in die acht Tage den Anfangstag einrechnet. Aber man wird, da diesem Sprachgebrauch der juristische nicht konform ist (HGB. Art. 328 Nr. 1), doch die acht Tage als volle acht Tage berechnen müssen. [So auch Struckm. Koch N. 2, Gaupp I S. 509, Petersen S. 333, A. Förster N. 2. AM. Wilm. Levy N. 1].

§ 200.

Eine Frist, welche nach Wochen oder Monaten bestimmt ist, endigt mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so endigt die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats.

Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages.

Mot. S. 163. KPr. S. 74, 533. **Vgl. StPrO. § 43.**

1. Das Verzeichnis der nach Wochen und Monaten bemessenen gesetzlichen Fristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 236).

2. Abs. 1 ist nachgebildet dem HGB. Art. 328 Nr. 2 und der WO. Art. 32. Beispiele: die einwöchige Frist, welche an einem Montage beginnt, endigt mit dem Montag der folgenden Woche. Die einmonatige Frist, welche am 31. Januar beginnt, endigt mit dem 28. (29.) Februar; die einmonatige Frist, welche am 28. Februar beginnt, endigt mit dem 28. März, die einmonatige Frist, welche am 31. März beginnt, endigt mit dem 30. April u. s. w. — Die Frist läuft mit der Mitternacht des letzten Tages ab.

3. § 200 Abs. 2 ist nachgebildet dem HGB. Art. 329 (vgl. auch Art. 330) und der WO. Art. 92. Die Bestimmung des § 200 Abs. 2 gilt für alle gesetzlichen und richterlichen Fristen, auch für die nach Stunden, Tagen oder Jahren bemessenen. Auch in die sog. Zwischenfristen (vgl. Bem. Nr. 4 vor § 191 S. 237) ist der letzte Tag vor dem Termin nicht einzurechnen, wenn dieser ein Sonn- oder Feiertag ist; denn die Zwischenfrist ist bestimmt, dem

Gegner zur Vorbereitung für den Termin zu dienen. Die Billigkeitsgründe, die überhaupt zu der Vorschrift in § 200 Abs. 2 führten, treffen auch für die Vorbereitungszeit zu. Bei den kurzen Einlassungsfristen des § 567 Abs. 2 tritt das besonders deutlich hervor. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm Levy N. 1, Petersen S. 332, Hellmann Lehrb. S. 368, Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 685, OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 233. AM. A. Förster N. 2 d zu § 194.]

4. Über „allgemeine Feiertage" s. Bem. Nr. 1 zu § 171. Es kann ein Tag innerhalb des Geltungsbereichs der Prozeßordnung an einem Orte Feiertag sein, an einem andern nicht. Ob ein Tag, auf welchen das Ende einer Frist fällt, als allgemeiner Feiertag zu betrachten ist, ist nach dem Landesrecht des Ortes zu beurteilen, an welchem die Handlung, (z. B. eine Zustellung) vorzunehmen ist, für welche die Frist läuft; denn der Grund der Vorschrift in § 200 Abs. 2 ist, daß dem innerhalb einer Frist zu einer gewissen Handlung Berechtigten auch noch am letzten Tage die Vornahme der betreffenden Handlung möglich sein soll.

§ 201.

Der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt. Der noch übrige Teil der Frist beginnt mit dem Ende der Ferien zu laufen. Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende derselben.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Notfristen und Fristen in Feriensachen keine Anwendung.

Notfristen sind nur diejenigen Fristen, welche in diesem Gesetz als solche bezeichnet werden.

Mot. S. 163. KPr. S. 74, 533, 534.

1. Litteratur: Alexander-Katz Gerichtsferien und Fristen Ztschr. f. d. CPr. VII S. 500 ff.

2. Wegen Gerichtsferien und Feriensachen vgl. die §§ 201—204 der GVG.

Zu GVG. § 201: Am 15. Juni und 15. September sind Ferien.

Zu GVG. § 202 Abs. 3: Der Antrag auf Bezeichnung einer Sache als Feriensache kann von jeder der Parteien ausgehen. Der Antrag kann gestellt werden vor Beginn der Ferien und während der Ferien. Über den Antrag wird regelmäßig vom Gericht entschieden. Das Gericht hat nach freiem Ermessen zu erwägen, ob die Sache besonderer Beschleunigung bedarf. Ausnahmsweise kann der Vorsitzende eine Sache als Feriensache bezeichnen. In diesem Fall steht dem Gericht, welches mit der Sache befaßt wird, die definitive Entscheidung zu; das Gericht kann die Verfügung des Vorsitzenden aufheben. Der Antrag auf Bezeichnung einer Sache als Feriensache kann nicht von dem Vorsitzenden, sondern nur vom Gericht abgewiesen werden. Eine Verhandlung über den Antrag kann nicht angeordnet werden. Gegen die Abweisung des Antrags steht dem Antragsteller Beschwerde zu; die Bewilligung kann nicht mit Beschwerde angefochten werden (arg. § 530).

Zu GVG. § 204: Zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehört auch das Verfahren, welches Arrest und einstweilige Verfügung betrifft.

3. Der Lauf einer Frist kann weder in den Ferien beginnen noch in den Ferien endigen. Der Lauf einer Frist, deren Anfang in die Ferien fallen würde, beginnt mit dem ersten Tage nach den Ferien, und eine bereits im Laufe begriffene Frist wird durch den Eintritt der Gerichtsferien dergestalt gehemmt, daß der noch übrige Teil der Frist nach Schluß der Ferien seinen Fortlauf nimmt. Beispiele: Eine viertägige Frist, welche am 12. Juli

eröffnet wurde, folglich vom 13. Juli ab gerechnet wird, endigt mit dem Ablauf des 17. September. Eine am 12. Juli beginnende einwöchige Frist endigt mit dem Ablauf des 20. September. Eine am 20. Juni beginnende einmonatige Frist endigt mit dem Ablauf des 21. September. Eine am 1. Juli beginnende einmonatige Frist endigt mit dem Ablauf des 3. Oktober; nicht des 1. Oktober; denn die Frist würde ohne Gerichtsferien mit dem Ablauf des 1. August endigen; folglich beträgt der Rest 18 Tage, die mit dem 16. September wieder zu laufen beginnen [so a. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VII S. 100]. — Ist eine Sache von dem Gericht oder dem Vorsitzenden gemäß GVG. § 201 Abs. 3 als Feriensache bezeichnet, so tritt eine Hemmung des Fristenlaufes durch die Ferien nicht ein. Da die Bezeichnung als Feriensache während der Ferien erfolgen kann, so ist Ruhen des Fristenlaufs während eines Teiles der Ferien möglich. Der Fristenlauf, welcher geruht hat, beginnt wieder mit der Zustellung der die Bezeichnung als Feriensache aussprechenden Verfügung an den Gegner. Ist die Bezeichnung einer Sache als Feriensache vom Vorsitzenden verfügt und nachträglich vom Gericht aufgehoben worden (s. oben in Bem. Nr. 1), so wird die zwischen der Zustellung jener Verfügung des Vorsitzenden und dem dieselbe aufhebenden Beschlusse liegende Zeit nicht in die Frist eingerechnet.

4. Das Verzeichnis der Notfristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I litt. h vor § 191 (S. 235).

5. Die Gerichtsferien haben keinen Einfluß auf die Berechnung der Jahresfristen (s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 S. 236), der uneigentlichen d. i. für Handlungen des Gerichts bestimmten Fristen (s. Bem. Nr. 4 Ziff. II vor § 191, S. 237 f.) und der Zeitmaße der § 189 (s. Bem. Nr. 4 Ziff. III vor § 191, S. 238). Bestritten und nicht unzweifelhaft ist, ob die in die Gerichtsferien fallende Zeit bei den sog. Zwischenfristen (vgl. Bem. Nr. 4 vor § 191 S. 237) einzurechnen ist. Für die Einrechnung der Ferienzeit dürfte die Erwägung den Ausschlag geben, daß innerhalb der Zwischenfristen irgend welche der Mitwirkung des Gerichts bedürfende Prozeßhandlung nicht vorzunehmen ist. Daß die Worte des § 200 „Der Lauf einer Frist wird . . . gehemmt" auf die Zeitmaße, welche man Zwischenfristen heißt, nicht ohne einige Drehung paßt, mag beiläufig erwähnt werden. [So auch Gaupp I S. 515, A. Förster N. 2 d zu § 194, Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXVI S. 268 AM. Struckm. Koch. N. 2, Wilm. Levy N. 1, Planck I S. 505 N. 14, Hellmann Lehrb. S. 361, Alexander-Katz a. a. O. S. 512 ff.].

§ 202.

Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen, mit Ausnahme der Notfristen, verlängert oder abgekürzt werden.

Auf Antrag können richterliche und gesetzliche Fristen abgekürzt oder verlängert werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind, gesetzliche Fristen jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen.

Im Falle der Verlängerung wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet, wenn nicht im einzelnen Falle ein anderes bestimmt ist.

Mot. S. 164. KPr. S. 75, 534, 535.

1. Zu Abs. 1: Eine Form der Vereinbarung ist nicht vorgeschrieben; die Vereinbarung kann daher schriftlich, mündlich oder durch konkludente Handlungen erfolgen. Einer gerichtlichen Genehmigung oder einer Anzeige bei Gericht bedarf es nicht zur Gültigkeit der Vereinbarung. Aus den §§ 77, 79 ergiebt sich, daß die Prozeßbevollmächtigten die Verlängerung und die Abkürzung der Fristen vereinbaren können, und daß die Befugnis hierzu nicht durch Beschränkung der Vollmacht entzogen werden kann.

Das Verzeichnis der Notfristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I litt. h vor §§ 191, S. 235. Die Vereinbarung der Parteien, daß keine derselben die zur Eröffnung der Notfrist erforderliche Zustellung vor einem gewissen Zeitpunkt bethätigen solle, hat nicht die Kraft, den Beginn und den Lauf der Notfrist zu hindern, wenn der Vereinbarung entgegen vor jenem Zeitpunkte zugestellt wird.

Durch besondere gesetzliche Bestimmung (§ 212 Abs. 2) ist die Verlängerung der Restitutionsfrist ausgeschlossen. Wegen Anwendung dieser Vorschrift auf die Restitutionsfrist des § 213 Abs. 2 s. Bem. Nr. 6 zu § 213.

2. Zu Abs. 2: Über den Unterschied zwischen gesetzlichen und richterlichen Fristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191, S. 234 f. Alle richterlichen Fristen können auf Antrag abgekürzt oder verlängert werden. Die gesetzlichen Fristen können nur abgekürzt oder verlängert werden, wenn dies im Gesetze besonders bestimmt ist. Solche besondere Bestimmung findet sich in § 125 Abs. 2, wo Verlängerung und Abkürzung gestattet, in § 189, wo Verlängerung gestattet, und in § 204, wo Abkürzung gestattet ist. — Was erhebliche Gründe sind, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen. Wegen Glaubhaftmachung s. § 266.

3. Zu Abs. 3: Die Bestimmung gilt für Fristverlängerungen durch Vereinbarung und durch richterliche Entscheidung. Sie ist dem HGB. Art. 333 nachgebildet.

§ 203.

Über das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung darf nur nach vorgängigem Gehör des Gegners bewilligt werden.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen ist, findet nicht statt.

Mot. S. 164. KPr. S. 75, 535.

1. Das Gesuch (= Antrag) [vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 231] um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann sowohl schriftlich, wie auch gelegentlich einer mündlichen Verhandlung mündlich angebracht werden. Zu Protokoll des Gerichtsschreibers kann das Gesuch nur im Verfahren vor den Amtsgerichten angebracht werden. Über das Gesuch entscheidet das Gericht, nicht der Vorsitzende (zwei Ausnahmen: §§ 125 Abs. 2 und 204 Abs. 3). Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119.

2. Das erste Gesuch um Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängiges Gehör des Gegners bewilligt und abgewiesen werden. Jedes folgende Gesuch um Verlängerung kann ohne vorgängiges Gehör des Gegners abgewiesen werden. Dagegen ist die Bewilligung der wiederholten richterlichen Verlängerung nur nach vorgängigem Gehör des Gegners gestattet. — Das Gesuch um Abkürzung einer Frist kann ohne Gehör des Gegners abgewiesen, dagegen nicht ohne Gehör des Gegners bewilligt werden. Eine Ausnahme von der letzten Regel ist für die Fristen des § 204 Abs. 1 in § 204 Abs. 3 gemacht. Der Gegner kann in mündlicher Verhandlung gehört oder zu schriftlicher Erklärung aufgefordert werden.

3. Der Beschluß, durch welchen ein Gesuch um Verkürzung einer Frist zurückgewiesen ist, ist nach § 530 mittels Beschwerde anfechtbar. Der Beschluß, durch welchen ein Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung bewilligt wird, ist nicht selbständig anfechtbar, unterliegt aber der Beurteilung der höheren Instanz, wenn das Endurteil durch Rechtsmittel angefochten ist (§§ 473, 510).

§ 204.

Einlassungsfristen, Ladungsfristen, sowie diejenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind, können auf Antrag abgekürzt werden.

Die Abkürzung der Einlassungs- und der Ladungsfristen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der Abkürzung die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.

Der Vorsitzende kann bei Bestimmung des Termins die Abkürzung ohne vorgängiges Gehör des Gegners und des sonst Beteiligten verfügen; diese Verfügung ist dem Beteiligten abschriftlich mitzuteilen.

Mot. S. 164. KPr. S. 75, 535.

1. Verzeichnisse der Einlassungs-, Ladungs- und der für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmten Fristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I Abs. 1 litt. c—e (S. 235).

2. Die Abkürzung der in Abs. 1 bezeichneten Fristen kann nur auf Antrag erfolgen. Für das Gesuch [= Antrag, vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 231] gilt das in Bem. Nr. 1 zu § 203 Gesagte. Wird das Gesuch um Abkürzung einer der in Abs. 1 bezeichneten Fristen in der mündlichen Verhandlung gestellt, so steht die Entscheidung dem Gericht (nicht dem Vorsitzenden) zu. Die Abkürzung darf (arg. § 203 Abs. 2) nur nach vorgängigem Gehör des Gegners beschlossen werden. Wird das Gesuch außerhalb der mündlichen Verhandlung gelegentlich des Gesuchs um Terminsbestimmung gestellt, so entscheidet der Vorsitzende (nicht das Gericht) über das Gesuch. Er kann ohne Gehör des Gegners und des sonst Beteiligten die Abkürzung verfügen (Ausnahme von § 203 Abs. 2) oder den Antrag abweisen. Er kann aber auch den Gegner vor der Entscheidung hören. Dem Gericht kann die Entscheidung über das gelegentlich eines Gesuchs einer Terminsbestimmung gestellte Abkürzungsgesuch nicht zugeschoben werden. Beschließt das Gericht die Abkürzung, so ist der Beschluß entweder zu verkünden oder beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen. Einer Mitteilung des verkündeten Beschlusses an die nichterschienene Partei bedarf es in den Fällen der nach §§ 300 Abs. 2, 302, 316 i. f., 578 Abs. 2 (611, 620 Abs. 4, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4) erforderlichen Ladung. Verfügt der Vorsitzende die Abkürzung, so ist diese Verfügung dem Gesuchsteller auszuhändigen. Letzterer hat die Verfügung dem Beteiligten mit der Ladung mitzuteilen. Die Unterlassung der Mitteilung hat dieselbe Wirkung, wie wenn ohne Einhaltung der Einlassungs- 2c. frist zugestellt wäre. Es entstehen also Rechtsnachteile zur Sache nicht daraus; nur kann kein Versäumnisurteil erwirkt werden.

3. In § 204 ist das in § 202 aufgestellte Erfordernis der Glaubhaftmachung erheblicher Gründe erfordert werde, nicht wiederholt. Dasselbe gilt nicht für die Abkürzung der in § 204 bezeichneten Fristen.

4. Gegen den den Abkürzungsantrag abweisenden Beschluß ist Beschwerde zulässig (§ 530); die bewilligende Entscheidung ist nicht selbständig anfechtbar.

§ 205.

Die Parteien können die Aufhebung eines Termins vereinbaren.

Wird die Verlegung eines Termins beantragt, so finden die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist entsprechende Anwendung.

Mot. S. 164. KPr. S. 75, 535.

1. „Aufhebung" eines Termins umfaßt die Begriffe Verlegung eines Termins, Vertagung der Verhandlung und Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhand-

lung, aber immer nur deren negative, den Termin aussetzende Seite. Die Aufhebung eines Termins kann in jedem Stadium der Verfahrens, es kann die Aufhebung von Terminen jeder Art, auch der zur Beweiserhebung bestimmten, vereinbart werden. Dieses ergiebt sich sowohl aus der allgemeinen Fassung des § 205 Abs. 1, wie daraus, daß nach § 228 Abs. 1 die Parteien in jedem Stadium des Verfahrens, auch während des Beweisverfahrens, vereinbaren können, daß das Verfahren ruhen solle; diese weiter gehende Befugnis schließt die Befugnis zur Aufhebung des Termins in sich. [Vgl. Ztschr. f. R. u. LR. III S. 354 und 395 f.] Eine Form der Vereinbarung ist nicht vorgeschrieben; die Vereinbarung kann daher schriftlich, mündlich oder durch konkludente Handlungen erfolgen. Der gerichtlichen Genehmigung oder der Anzeige bei Gericht bedarf es nicht zur Gültigkeit der Vereinbarung. Wird die Aufhebung eines Termins zur Beweisaufnahme vereinbart, so ist die Anzeige derselben bei Gericht insofern notwendig, als außerdem das Gericht die Beweisaufnahme auch bei Nichterscheinen der Parteien insoweit bewirken würde, als dies nach Lage der Sache geschehen kann (§ 332).

2. „Verlegung“ eines Termins — s. Bem. Nr. 1 zu § 206. Die Verlegung eines Termins kann auf Antrag bewilligt werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind; arg. § 202 Abs. 2. Über das Gesuch um Verlegung eines Termins kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden; arg. § 203 Abs. 1. Die Entscheidung erfolgt durch das Gericht; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 203. Die Bestimmung des neuen Termins ist Sache des Vorsitzenden. Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Das erste Gesuch um Verlegung eines Termins auf einen späteren Tag kann ohne Gehör des Gegners bewilligt werden. Das zweite und folgende derartige Gesuch kann ohne Gehör des Gegners abgewiesen werden. Die Bewilligung der wiederholten Verlegung auf einen späteren Tag ist nur nur nach vorgängigem Gehör des Gegners möglich; arg. § 203 Abs. 2. Wird die Verlegung eines Termins auf einen früheren Tag beantragt, so greift § 203 Abs. 2 ein; denn eine solche Verlegung enthält stets eine Abkürzung der Zwischenfrist, wie sie durch die Bekanntgabe des ursprünglich bestimmten Termins dem Gegner gewährt wurde. Es kann also ein derartiges Gesuch nicht ohne Gehör des Gegners bewilligt werden. § 204 Abs. 3 ist nur auf den Fall der ursprünglichen Terminsbestimmung berechnet und kann zu Folgerungen auf die Verlegung des ursprünglichen Termins nicht verwendet werden. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy 2, Gaupp I S. 523, Petersen S. 341, Planck I S. 513 N. 68. AM. Kleiner I S. 656, Hellmann Komm. I S. 568 und die früher. Aufl. dies. Komm.] Eine Anfechtung des zurückweisenden Beschlusses findet nicht stattt; arg. § 203 Abs. 3. Der dem Antrag stattgebende Beschluß ist nicht selbständig anfechtbar [RG. 17. März 1884 Entsch. XV Nr. 119 S. 422], unterliegt aber der Beurteilung der höheren Instanz, wenn das Urteil durch Rechtsmittel angefochten ist (§§ 473, 510). Wegen der Kosten der Terminsverlegung vgl. § 90.

Nicht unter die Regeln über Terminsverlegungsgesuche fällt es, wenn eine Partei vor Zustellung der von ihr nachgesuchten Terminsbestimmung an den Gegner den Vorsitzenden um einen früheren oder späteren Terminstag ersucht. Ein solches Gesuch kann von kurzer Hand bewilligt werden.

3. Wird die Vertagung oder der Abbruch der Verhandlung mit Anberaumung eines neuen Termins zur Fortsetzung beantragt, so ist die Vorschrift des § 205 Abs. 2 nicht anwendbar; vielmehr ist über Anträge dieser Art der erschienene Gegner stets zu hören.

§ 206.

Die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung und

die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung kann auch von Amtswegen erfolgen.

Mot. S. 164. KPr. S. 75, 535.

1. Verlegung eines Termins ist die Veränderung des Terminszeitpunktes (gewöhnlich des Terminstages, möglicherweise auch der Terminsstunde) vor dem Termine. Vertagung einer Verhandlung ist die in dem angesetzten Termine nach Aufruf der Sache aber vor Eintritt in die Verhandlung erfolgende Verschiebung des Termins auf einen späteren Zeitpunkt. Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung ist die Terminsansetzung, welche in dem Termine nach Eintritt in die Verhandlung unter Abbruch der Verhandlung erfolgt.

2. Daß von Amtswegen ein Termin verlegt, eine Verhandlung vertagt oder eine Verhandlung abgebrochen werden soll, kann nur das Gericht (nicht der Vorsitzende) beschließen; denn alle Entscheidungen, welche das Gesetz nicht dem Vorsitzenden ausdrücklich zuweist, sind durch das Gericht zu erlassen. Diese Ansicht wird bestätigt bezüglich der Terminsverlegung durch § 205 Abs. 2 vgl. m. § 203 und durch Nordd. Prot. S. 390; aus § 193 Abs. 2 folgt nicht das Gegenteil, denn hier ist nur die Bestimmung des Terminstags dem Vorsitzenden zugewiesen. Betreffs der Vertagung vgl. § 245 Abs. 2 und Nordd. Prot. S. 445. Was den Fortsetzungstermin betrifft, so wird ein solcher erst nötig nach Abbruch der Verhandlung; dieser aber kann nicht vom Vorsitzenden verfügt werden; aus § 127 Abs. 2 folgt nur, daß der Vorsitzende die Zeit des Fortsetzungstermins zu bestimmen hat. [So auch Wilm. Levy N. 1 zu § 206, v. Sarwey I S. 304, Petersen S. 342, Planck I S. 512 N. 62. AM. bezüglich der Terminsverlegung und der Anberaumung eines Fortsetzungstermins Struckm. Koch N. 1; nur bezüglich der Anberaumung eines Fortsetzungstermins Gaupp I S. 525.]

Ist durch das Gericht die Terminsverlegung, die Vertagung oder der Abbruch der Verhandlung beschlossen, so hat immer der Vorsitzende den neuen Terminstag zu bestimmen (arg. § 193 Abs. 2).

3. Erfolgt die Verlegung eines Termins von Amtswegen, so muß nach § 294 der Beschluß samt der neuen Terminsbestimmung den Parteien von Amtswegen zugestellt werden, es wäre denn, daß der Beschluß verkündet ist. Die Vertagung und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung kann ohne mündliche Verhandlung nicht vorkommen, muß also verkündet werden. Es bedarf nicht der Ladung und nicht der Beobachtung der Ladungsfrist (s. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191). Nur in den Fällen der §§ 300 Abs. 2, 302, 316, 578 Abs. 2 (611, 620 Abs. 4, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4) ist Ladung zu dem weiteren Termin durch die Partei, daher auch Beobachtung der Ladungsfrist erforderlich.

4. Gegen den Beschluß, welcher die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, aber die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung von Amtswegen ausspricht, ist kein selbständiges Rechtsmittel zulässig [vgl. RG. 17. März 1884 Entsch. XV Nr. 119 S. 422].

5. Wegen der Kosten s. § 90 und GKG. § 48.

§ 207.

Die in diesem Titel dem Gerichte und dem Vorsitzenden beigelegten Befugnisse stehen dem beauftragten oder ersuchten Richter in Bezug auf die von diesen zu bestimmenden Termine und Fristen zu.

KPr. S. 75, 535.

1. Wegen des Unterschieds zwischen einem beauftragten und einem ersuchten Richter vgl. Bem. Nr. 1 zu § 151.

2. Wegen Beschwerde gegen eine Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters vgl. §§ 539 Abs. 1, 540 Abs. 4.

Vierter Titel.

Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Zur Erreichung des Prozeßzwecks ist nötig, daß das Gesetz an die Unterlassung von Prozeßhandlungen innerhalb der für prozessuales Handeln überhaupt oder für gewisse Prozeßhandlungen gesetzten Zeitgrenze gewisse Rechtsfolgen anknüpft, welche man als Folgen der Versäumung (im weitesten Sinne des Wortes) bezeichnet. Man nennt diese Folgen nach althergebrachter Terminologie Rechtsnachteile (so die Mot. S. 165, vgl. a. Wetzell § 49), auch wohl Ungehorsamsstrafen, weil dieselben regelmäßig die prozessualische Lage des Säumigen verschlechtern, wenn dies auch keineswegs im Begriff der Versäumnisfolge liegt. Darüber, ob diese Rechtsfolgen auf eine Verpflichtung der Parteien zu prozessualischem Handeln zurückzuführen sind, vgl. Bem. Nr. 1 zu § 129 und die daselbst angeführte Litteratur. Die Frage ist zu verneinen; sämtliche Versäumnisfolgen lassen sich auf das Prinzip der Rechtsverwirkung (Präklusion) zurückführen. Vgl. a. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 208. Der letzte Grund zur Rechtsverwirkung ist die Notwendigkeit eines geordneten Verfahrens.

Das Gesetz unterscheidet zwischen den Folgen der Terminsversäumnis (totaler Versäumnis) und den Folgen der Versäumung einzelner Prozeßhandlungen (partieller Versäumnis). Die ersteren sind in den §§ 295 ff. bestimmt, woselbst auch der Rechtsbehelf zur Aufhebung der Folgen dieser Versäumnis, der Einspruch, behandelt ist. Alle zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine sind in dem Sinne peremptorisch, daß (abgesehen von den Ausnahmen der §§ 316 ff., 578, 611, 620, 624, 626) auf die erste Ladung hin die Versäumnisfolgen eintreten. Wiedereinsetzung gegen Terminsversäumnis giebt es im Gesetze nicht. — Von den Folgen totaler und partieller Versäumung handeln die §§ 208 und 209. Wegen besonderer Versäumnisfolgen s. Bem. Nr. 2 zu § 208. Durch § 209 wird die Notwendigkeit einer Androhung der Versäumnisfolgen verneint und der Eintritt derselben für unabhängig von einem Parteiantrag erklärt. Wegen der Ausnahmen s. Bem. Nr. 1 zu § 209.

Die §§ 210—216 enthalten die Grundsätze über Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf von Fristen. Nur gegen den Ablauf von Notfristen ist Restitution möglich. Die Restitutionsgründe sind auf ein enges Maß eingeschränkt.

§ 208.

Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

Mot. S. 165—169. KPr. S. 75, 535.

1. Die Motive bemerken: „Die rechtlichen Folgen der Versäumung einer Prozeßhandlung sind teils allgemeine, teils besondere. Der § 208 behandelt nur die ersteren und spricht in abstracto aus, welche Folgen es habe, wenn eine Partei eine befristete prozessuale Einzelhandlung oder einen Termin verabsäumt, bzw. eine Prozeßhandlung während der mündlichen Verhandlung ganz partiell unterläßt. Versäumung und Verweigerung sind völlig gleichgestellt. Daß diese Folgen darin zu bestehen haben, daß die Partei (neben der Verpflichtung zum Ersatze der durch die Versäumung entstehenden Kosten §§ 90, 216 Abs. 3, 309) mit derjenigen Prozeßhandlung ausgeschlossen

wird, welche innerhalb der betreffenden Frist vorzunehmen war, ist bereits bestehendes Prozeßrecht in Deutschland."

2. Besondere Folgen der Versäumung sind:

1) Begründung der Zuständigkeit, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit zu rügen, zur Hauptsache verhandelt, nach § 39;
2) die Präklusion des Widerspruchs der mit dem Bevollmächtigten erschienenen Partei gegen die thatsächlichen Erklärungen des ersteren nach § 81;
3) die absolutio ab instantia bzw. Verwerfung des Rechtsmittels nach § 105, wenn der zur Prozeßkostenkaution Verpflichtete seiner Verpflichtung nicht nachkommt;
4) die Fiktion eines sog. Zugeständnisses von Thatsachen in §§ 129, 217 Abs. 4, 296, 316 Abs. 2, 504, 520, speziell die Annahme der Echtheit einer Urkunde in §§ 404, Abs. 3, 406 Abs. 3, als Folge des Nichtbestreitens;
5) der Ausspruch, daß das durch den Tod der Partei unterbrochene Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei, nach § 217 Abs. 4;
6) die Annahme, daß das Verfahren aufgenommen sei, im Falle des § 221 Abs. 2 als Folge des Unterbleibens der Bestellung eines neuen Anwalts;
7) das Ruhen des Verfahrens als Folge des Ausbleibens beider Parteien in einem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine nach § 228;
8) die Annahme der Einwilligung des Beklagten in die Änderung der Klage, wenn derselbe, ohne der Änderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat, nach § 241;
9) die Abweisung der Klage, Verwerfung der Berufung und Revision nach §§ 295, 504, 520 bei Ausbleiben des Klägers, Berufungs-, Revisionsklägers;
10) Verlust der Befugnis, die Verletzung gewisser Prozeßnormen zu rügen, nach § 267;
11) die Verwerfung des Einspruchs nach § 310;
12) die in §§ 392, 406 Abs. 2 für den Fall der Verweigerung des Editionseides und der Vorlegung einer Urkunde im Prozesse angedrohten Rechtsfolgen;
13) die Annahme der Eidesverweigerung nach §§ 417 Abs. 2, 430;
14) die Annahme, daß die zulässiger Weise beantragte Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe, bei Ausbleiben des Berufungsbeklagten nach § 504 Abs. 2;
15) Erlöschen der Wirkungen der Rechtshängigkeit nach den §§ 637 und 641;
16) Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nach § 688 Abs. 2; vgl. §§ 690 Abs. 3, 696 Abs. 3, 710 Abs. 4;
17) Annahme der Zurückziehung des Widerspruchs gegen den Teilungsplan nach § 767 (vgl. § 764);
18) Entlassung des Schuldners aus der Haft nach § 792;
19) Aufhebung des Arrestes nach § 806 Abs. 2, vgl. auch § 813 Abs. 2;
20) Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 820 Abs. 2;
21) Ernennung der Schiedsrichter durch das Gericht nach § 855 Abs. 2.

Alle diese Versäumnisfolgen lassen sich auf das Prinzip der Rechtsverwirkung zurückführen; der Säumige wird mit ihm zustehenden Rechten wegen Nichtsausübung derselben präkludiert. Vgl. die Bem. Abs. 2 vor § 208. — Anderer Art sind die in §§ 579 Abs. 3, 739 Abs. 2, 769 Abs. 1, 770, 771 Abs. 1, 772—779, 782 aufgestellten Folgen der Nichterfüllung prozessualischer (§§ 579 Abs. 3, 739 Abs. 2, 782) oder materiellrechtlicher (§§ 769 bis 779) Pflichten.

3. Die allgemeinen Versäumnisfolgen treten, soweit nicht im Gesetze ein anderer Zeit-

punkt bestimmt ist (s. §§ 44, 73, 247, 319, 332, 339, 367, 398, 490), in Gemäßheit der §§ 251, 256 erst mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, also bei mehreren aufeinander folgenden Terminen mit dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung ein, auf welche das Urteil (End-, Teil-, Zwischenurteil) ergeht. In dem Verfahren, welches durch Beschluß beendigt wird, treten sie ein mit dem Abschluß der mündlichen oder schriftlichen Verhandlung. Die Nachholung versäumter Prozeßhandlungen aus restitutionsähnlichen Gründen ist gestattet in §§ 44 Abs. 4, 247 Abs. 3, 319, 332, 339, 467, 490, 869. [Über prozessuale Nachholungen Ude Ztschr. f. d. CPr. X S. 72 ff.].

§ 209.

Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht dieses Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachteils gerichteten Antrag erfordert.

Im letzteren Falle kann, so lange nicht der Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen ist, die versäumte Prozeßhandlung nachgeholt werden.

Mot. S. 165—170. KPr. S. 75, 535.

1. Zu Abs. 1: Weder die allgemeinen noch die besonderen Folgen der Versäumung bedürfen einer vorgängigen Androhung für den Einzelfall. Ausnahmen: Zahlungsbefehl (§ 632) und Aufgebot (§ 824 Nr. 3). Keine Ausnahme enthält § 468, denn Androhung der Versäumnisfolge ist hier nicht vorgeschrieben. Auch § 775 Abs. 2 nicht, denn hier steht nicht Versäumung prozessualischer Handlungen in Frage. Ebensowenig die Vorschrift des § 342 Nr. 3, da es sich hier nicht um Versäumung einer Prozeßhandlung handelt. Die einer Androhung nicht bedürftigen Versäumnisfolgen treten kraft Gesetzes ein ohne ein hierauf gerichtetes Verlangen. Zur Verwirklichung der Versäumnisfolgen wird ein Antrag erfordert in §§ 295, 296, 312, 105, 144, 216 Abs. 4, 223 Abs. 2, 318 Abs. 2, 430, 504, 520 563 Abs. 3, 578 Abs. 4, 611, 620, 626, 639, 767, 829.

2. Zu Abs. 2: Ist zur Verwirklichung der Versäumnisfolgen ein Antrag und folglich eine Entscheidung erforderlich, so ist die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung nicht bloß bis zum Antrage, sondern auch nach dem Antrag bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung (§ 117), in den Fällen der §§ 105, 634, 828 bis zum Erlaß der richterlichen Entscheidung möglich. — Die Motive bemerken: „Daß übrigens unter dem auf Verwirklichung des prozessualischen Nachteils gerichteten Antrage, wo nicht ein anderes erhellt, nur der in der mündlichen Verhandlung, nicht in schriftlichen Eingaben gestellte Antrag zu verstehen und entscheidend ist, bedurfte keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze (hann. Prot. XVI S. 6240)".

§ 210.

Auf Grund der den Minderjährigen und den ihnen gleichgestellten Personen als solchen zustehenden Rechte findet die Aufhebung der Folgen einer Versäumung nicht statt.

Insofern die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Versäumung zulässig ist, wird eine Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen.

Mot. S. 170, 171. KPr. S. 75, 535.

1. Die restitutio propter minorem aetatem, welche nach gemeinem Recht und nach

Partikularrechten auf den Fiskus, auf Gemeinden, Kirchen, Stiftungen u. A. ausgedehnt worden ist, ist durch § 210 aufgehoben, soweit es sich um prozessualische Versäumungen handelt.

2. Aus der besonderen Erwähnung des restitutio propter minorem aetatem in § 210 ist nicht zu schließen, daß die Restitution aus den übrigen gemeinrechtlichen Restitutionsgründen (Zwang, Betrug, Irrtum, Abwesenheit ꝛc.) gegen prozessualische Versäumungen zulässig sei; vielmehr ist die Restitution aus diesen Gründen nicht minder ausgeschlossen.

3. Der Ausdruck „Vertreter" in § 200 Abs. 2 umfaßt sowohl die gesetzlichen Vertreter, als auch die Stellvertreter prozeßfähiger Parteien, die Prokuristen, General- und Spezialmandatare, die Prozeßbevollmächtigten einschließlich der Substituten, die negotiorum gestores (§ 85) und die Zustellungsbevollmächtigten; nicht aber die mit der Zustellung betrauten Personen (Gerichtsvollzieher, Postboten, Gerichtsschreiber) [RG. 25. Mai 1883 Entsch. X Nr. 110 S. 362]. — Aus Abs. 2 darf nicht gefolgert werden, daß eine unverschuldete Versäumung des Vertreters stets Restitutionsgrund sei. Vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 211.

§ 211.

Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Notfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen.

Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu erteilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat.

Mot. S. 171—173. KPr. S. 75, 535. **Vgl. StPrO. § 44.**

Litteratur: Ube Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 779 ff., Hellmann Lehrb. S. 791 f.

1. Zu Abs. 1: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet nur gegen Notfristen (deren Verzeichnis s. Bem. Nr. 4 litt. h vor § 191) statt. Dieselbe ist dem Restitutionsgrunde nach auf „Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle" beschränkt, welche Begriffe zusammengenommen der vis maior des Art. 395 des HGB. entsprechen (Mot. S. 172). Über diesen Begriff vgl. Goldschmidt in der Ztschr. f. d. ges. HR. III S. 58, 331 ff., XVI S. 324 ff., v. Hahn Komm. z. HGB. 2. Aufl. II S. 431, Schott in Endem. Handb. III S. 44 ff., Exner Ztschr. f. Pr. u. ö. R. X S. 497 ff. (auch als Sep.-Abdr.), Dernburg eod. XI S. 335 ff., Hölder Kr.VJSchr. XXVI S. 531 ff., Klein schuldhafte Parteihandlung (Wien 1885) S. 201 ff., Huber z. Begr. d. höh. Gew. (Bern 1885), Hafner ü. d. Begr. d. höh. Gew. (Zürich 1886). Der Ausdruck „höhere Gewalt" findet sich auch im Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 § 1. Der Begriff ist ein weiterer, als der im Postgesetz vom 28. Okt. 1871 § 6 verwendete: „Folge eines unabwendbaren Naturereignisses". Aus der Nebeneinanderstellung von Naturereignissen und anderen unabwendbarer Zufällen ergiebt sich, daß auch ein von Menschenhand herbeigeführter Zufall Restitutionsgrund sein kann.

Ein unabwendbarer Zufall (höhere Gewalt) im Sinne des Prozesses ist nicht schon anzunehmen, wenn der Partei bzw. ihrem Vertreter kein Verstoß gegen die diligentia boni patris familias zu Last fällt, sondern erst, wenn die Einhaltung der Frist durch ein außer dem Bereich des Berechenbaren gelegenes Ereignis gehindert worden ist. Es genügt also das Nichtvorhandensein eines Verschuldens der Partei oder ihres Vertreters noch nicht zur Annahme eines unabwendbaren Zufalls. [Vgl. RG. 7. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 121 S. 421 und 29. März 1881 III Nr. 128 S. 439.] Einzelne Fälle: RG. 5. Nov. 1880 Entsch. II Nr. 125 S. 427 versagt die Restitution, wenn die Berufungsschrift erst am

vorletzten Tage der Berufungsfrist dem GV. zur Zustellung übergeben ist; die Übergabe hätte nicht solange verschoben werden sollen. — RG. 10. März 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 123, 19. April 1881 Entsch. IV Nr. 106 S. 384, v. 20. Jan. 1883 VIII Nr. 112 S. 376 u. bay. o. LG. SA. XXXIX Nr. 249 erteilen wegen verspäteter Bewilligung des Armenrechts keine Restitution gegen Ablauf der Rechtsmittelfristen, wenn das Gesuch um Bewilligung des AR. früher angebracht werden konnte. Dagegen erteilt RG. 26. Sept. 1884 Entsch. XII Nr. 107 S. 375 die Rest. aus dem angegebenen Grunde, wenn das Gesuch um Bewilligung des AR. so zeitig als möglich gestellt worden ist. Laxer RG. 23. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 98 S. 389, welches die Rest. wegen verspäteter Bewilligung des AR. in einem Falle erteilt, wo 14 Tage nach der Zustellung des Urteils um das AR. nachgesucht worden war. — RG. 19. April 1881 Entsch. IV Nr. 106 S. 384 versagt die Restitution wegen Verspätung eines Eisenbahnzugs; es hätte nicht der letzte Tag abgewartet werden sollen. — RG. 28. Nov. 1882 SA. XXXVIII Nr. 270 versagt die Restitution, wenn die Versäumung der Rechtsmittelfrist darauf beruhte, daß der Anwalt des Rechtsmittelklägers dem Gegner eine unbeglaubigte Abschrift der Rechtsmittelschrift zustellen ließ, die er für beglaubigt hielt. — RG. 25. Mai 1883 Entsch. X Nr. 110 S. 362 gewährt die Restitution in einem Fall, wo die Fristversäumnis darauf beruhte, daß der Gerichtsvollzieher eine inkorrekte Ersatzzustellung vornahm.

Ein unabwendbarer Zufall, welcher die Person des Vertreters (über den Begriff s. Bem. Nr. 3 zu § 210) betrifft, kann Restitutionsgrund sein. Krankheit des Prozeßbevollmächtigten ist nicht immer Restitutionsgrund. [Vgl. RG. 28. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 124 S. 424.]

Das Vorhandensein eines Verschuldens der Partei oder des Vertreters (s. Bem. Nr. 3 zu § 210) schließt die Annahme eines unabwendbaren Zufalls von vornherein aus. [RG. 7. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 121 S. 421, 29. März 1881 III Nr. 128 S. 439.]

2. Zu Abs. 2: Von der Regel des Abs. 1 macht Abs. 2 eine Ausnahme zu Gunsten der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist (§ 304). Für diese ist neben dem unabwendbaren Zulall der weitere Restitutionsgrund zugelassen, daß die Partei ohne ihr Verschulden von der Zustellung des Versäumnisurteils keine Kenntnis erhalten hat. Während nach Abs. 1 der Mangel eines Verschuldens nicht genügt, ist nach Abs. 2 der Mangel eines Verschuldens ausnahmsweise genügender Restitutionsgrund. Die Vorschrift des § 210 Abs. 2, daß eine Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht anzusehen sei, ist auch auf § 211 Abs. 2 anwendbar. — Die Ausnahme des Abs. 2 hängt mit dem System der Ersatzzustellung zusammen; sie gilt übrigens auch für den Fall, daß durch Anheftung an die Gerichtstafel ꝛc. zugestellt ist.

Hat die Partei innerhalb der Einspruchsfrist Kenntnis von der Zustellung erhalten, so ist die Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Einspruchsfrist nach der Regel des § 211 Abs. 1 zu beurteilen; dann ist also die Wiedereinsetzung davon abhängig, daß die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle gehindert war, den Einspruch innerhalb der Notfrist einzulegen. Hat jedoch die Partei zwar innerhalb der Einspruchfrist Kenntnis von der Zustellung des Versäumnisurteils erhalten, aber ohne ihr Verschulden so spät, daß die Ausführung der zur Wahrung der Einspruchsfrist nötigen Zustellung an den Gegner unmöglich war, so ist in Anwendung des Abs. 2 Wiedereinsetzung zu erteilen. — Gegen Versäumung anderer Notfristen als der Einspruchsfrist ist aus dem Grunde des § 211 Abs. 2 nicht zu restituieren.

3. Zu Abs. 1 und 2. Wegen Bescheinigung der die Restitution begründenden Thatsachen s. § 214 Nr. 2; wegen Offizialprüfung derselben s. Bem. Nr. 2 litt. a und b zu § 216.

§ 212.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hindernis gehoben ist; sie kann durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden.

Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Notfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

Mot. S. 171, 172. KPr. S. 75, 76, 535.

1. Die Restitutionsfrist ist nicht Notfrist. Daher giebt es keine Wiedereinsetzung gegen deren Versäumung (restitutio restitutionis non datur); daher wird deren Lauf durch die Gerichtsferien gehemmt [so auch OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 144.]

2. Die zweiwöchige Frist beginnt

a) bei Restitution aus § 211 Abs. 1 mit dem Tage, an welchem der die Partei oder ihren Vertreter an der Wahrung der Notfrist hindernde Umstand aufhört, als Hindernis zu wirken [vgl. über Hebung des in der Unkenntnis mangelhafter Zustellung gelegenen Hindernisses RG. 20. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 99 S. 344];

b) bei Restitution aus § 211 Abs. 1 mit dem Tage, an welchem die Partei von der Zustellung des Versäumnisurteils Kenntnis erhielt oder die Unkenntnis aufhörte, unverschuldet zu sein.

Wegen Berechnung der Frist s. § 200. Der um Restitution Nachsuchende muß die Wahrung der Frist glaubhaft machen; vgl. Bem. Nr. 2 litt. c und d zu § 214. Wegen Offizialprüfung der Fristeinhaltung s. Bem. Nr. 2 zu § 216.

3. Die Frist in Abs. 3 wird durch die Ferien nicht berührt (vgl. S. 236); sie kann weder durch Vereinbarung noch durch Gerichtsbeschluß (arg. § 202 Abs. 2) verlängert werden.

§ 213.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Notfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu erteilen, wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher oder, insoweit die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuläßig ist, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Notfrist beantragt werden.

KPr. S. 65–69, 76, 111, 112, 123–125, 535, 536, 666, 667. Ferner 168ste Sitz. S. 2, 3.

1. Litteratur: Bunsen über Wiedereinsetzung nach § 213 Ztschr. f. d. CPr. V S. 249 ff., Ude Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 786 ff.

2. § 213 wurde von der JK. d. R. eingefügt. Zuerst war zu Entw. § 194 ein Zusatz des Inhalts beschlossen, daß eine Notfrist gewahrt werde, wenn innerhalb derselben der zuzustellende Schriftsatz zum Zwecke der Zustellung von der Partei dem Gerichtsvollzieher oder in den Fällen, in welchen die Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgt, auf der Gerichtsschreiberei übergeben war. Schon in der ersten Lesung wurde dieser Zusatz wieder beseitigt und die Einführung einer besonderen Art von Wiedereinsetzung für die Fälle beschlossen: a) wenn im Anwaltsprozesse spätestens am vierten Tage vor Ablauf der Notfrist der Prozeßbevollmächtigte von der Partei zur Vornahme der versäumten Handlung ausdrücklich beauftragt ist, oder b) wenn an dem letzten Tage der Notfrist das zur Wahrung

derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsschreiber oder dem Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Zustellung übergeben ist. Nachdem der Beschluß der JK. d. R. seitens des Bundesrats beanstandet worden war, erhielt der Paragraph seine gegenwärtige Fassung. Die Wiedereinsetzung aus dem Grunde ad a wurde gestrichen. Zu der Wiedereinsetzung aus dem Grunde ad b wurde statt „vor dem letzten Tage der Notfrist" bestimmt „spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist." Dieser zu der sonstigen Restitutionsstrenge des Gesetzes nicht passende Restitutionsgrund wurde eingefügt, um der Partei, welche durch das Gesetz genötigt ist, sich der Zustellungsbeamten zu bedienen, Schutz gegen Versäumnisse dieser Beamten zu gewähren, wenn die Partei ihrerseits das Erforderliche zur Bewirkung der rechtzeitigen Zustellung gethan hat. Der Restitutionsgrund des § 213 steht selbständig neben dem des § 211 Abs. 1, darf daher nicht zur Auslegung des § 211 verwendet werden. — Ist der Thatbestand des § 213 vorhanden, so muß die Restitution erteilt werden, auch wenn den Zustellungsbeamten ein Verschulden bei Versäumung der Notfrist trifft. — § 213 ist auch anwendbar, wenn der Gerichtsvollzieher zwar eine Zustellung innerhalb der Notfrist gemacht hat, die Zustellung jedoch ohne Verschulden der Partei ungültig ist. [Vgl. RG. 29. Jan. 1884 Entsch. XI Nr. 96 S. 375; Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 516.] Dagegen ist § 213 nicht anwendbar, wenn die Zustellung durch Verschulden der Partei oder ihres Bevollmächtigten nicht an die richtige Person (z. B. an die Gegenpartei selbst anstatt an deren dem Gerichtsvollzieher von dem Auftraggeber nicht bezeichneten Prozeßbevollmächtigten) erfolgte [RG. 25. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 89 S. 365].

3. Das zuzustellende Schriftstück muß so zeitig dem Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber übergeben sein, daß außer dem Tage der Übergabe mindestens zwei volle Tage innerhalb der Notfrist zur Zustellung offen waren [RG. 18. Jan. 1882 SA. XXXVII Nr. 225 und 6. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 94 S. 317]. Der Zeitpunkt der Übergabe wird sich regelmäßig durch den nach § 155 Abs. 2 vorgeschriebenen Vermerk oder durch die der Partei nach § 155 Abs. 2 auszustellende Bescheinigung erweisen lassen; andere Beweismittel sind nicht ausgeschlossen.

4. Da nach § 155 die betreibende Partei dem Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber nebst der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben hat, und eine Verpflichtung des Gerichtsvollziehers oder Gerichtsschreibers zur Anfertigung dieser Abschriften nicht besteht, so muß zur Restitution aus § 213 gefordert werden, daß neben der Urschrift auch die notwendige Zahl von Abschriften dem Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber rechtzeitig (s. Bem. Nr. 3) übergeben wurde. Übernimmt der Gerichtsvollzieher bzw. Gerichtsschreiber die Besorgung der Abschriften (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 155), so thut er dies nicht in seiner Eigenschaft als Zustellungsbeamter, dessen sich die Partei bedienen muß, sondern als gewöhnlicher Mandatar oder Dienstvermieter. Versäumt er dann die rechtzeitige Anfertigung, so kann die auf seinem Verschulden beruhende Versäumnis nicht als eine von der Partei nicht verschuldete betrachtet werden (arg. § 210 Abs. 2). [So auch Bunsen a. a. O. S. 256, Ude a. a. O. S. 791.]

5. Zweifelhaft ist, ob die Wiedereinsetzung aus § 213 auch in dem Falle zu erteilen ist, wenn das zuzustellende Schriftstück nebst Abschriften nicht dem Gerichtsschreiber übergeben, sondern die zuzustellende Erklärung spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht (§§ 457, 462) und die Zustellung dem Gerichtsschreiber überlassen ist. Von dem Wortlaut des § 213 ist dieser Fall nicht getroffen. Dagegen ist nicht zu verkennen, daß die Gründe, welche für die Gewährung der Restitution bei rechtzeitiger Übergabe des Schriftstückes sprechen, auch in diesem Falle zutreffen. Erwägt man

jedoch, daß die ausdehnende Interpretation bei Vorschriften von so singulärer Natur wie § 213 immerhin bedenklich ist, und daß bei der protokollarischen Erklärung vor dem Gerichtsschreiber die zuzustellende Abschrift des Protokolls bei Beendigung der Protokollierung noch nicht vorliegt, während § 213 die rechtzeitige Übergabe von Urschrift und Abschrift verlangt (s. o. Bem. Nr. 4), so wird man die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung aus § 213 für den besprochenen Fall verneinen. [So auch Gaupp I S. 537. AM. Struckm. Koch N. 3 zu § 213, Wilm. Levy N. 2 zu § 213, v. Sarwey I S. 315, Kleiner I S. 673, Hellmann Komm. I S. 587 u. Lehrb. S. 792, Volgiano S. 458, Petersen S. 352 f., Bunsen a. a. O. S. 257 ff., Bl. f. RA. XLVI S. 99, Ude a. a. O. 792.]

6. Die einmonatige Frist des § 213 Abs. 2 beginnt nach Ablauf der versäumten Notfrist ohne Rücksicht darauf, ob die Partei vor oder nach diesem Zeitpunkt von der Fristversäumung Kenntnis erhalten hat. Wegen der Berechnung der Frist s. § 200. (Beispiel: Die Berufungsfrist wird eröffnet durch Zustellung am 31. März, sie läuft ab mit 30. April, die Restitutionsfrist endigt mit dem 30. Mai). Durch die Gerichtsferien wird der Lauf der Frist gehemmt (s. Bem. Nr. 1 zu § 212). Zweifelhaft ist, ob die Frist des § 213 Abs. 2 durch Vereinbarung verlängert werden kann. Nach § 202 Abs. 1 sind alle Nicht-Notfristen der Disposition der Parteien preisgegeben. Eine Ausnahme enthält § 212 Abs. 2. Für die Anwendung dieser Bestimmung auf die Frist des § 213 Abs. 2 sprechen die Worte „muß — beantragt werden", ferner die Thatsache, daß der § 213 erst nachträglich in das Gesetz eingefügt wurde (s. Bem. Nr. 1). Nachdem die neue Restitutionsfrist des § 213 geschaffen, wäre eine neue Redaktion des § 212 Abs. 2 am Platze gewesen, um die beschränkende Interpretation des Verlängerungsverbots auszuschließen; ist dies auch unterblieben, so ist es doch gerechtfertigt, das Verbot des § 212 Abs. 2 auf jede Restitutionsfrist anzuwenden, weil kein innerer Grund ersichtlich, aus dem die zwei Fristen im Punkte der Verlängerung verschieden zu behandeln wären.

§ 214.

Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt. Derselbe muß enthalten:

1) die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen;
2) die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung;
3) die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf.

Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt worden, so wird der Antrag auf Wiedereinsetzung durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt. Die Einreichung kann sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegerichte erfolgen.

Im Falle des § 213 kann die Wiedereinsetzung auch in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden, wenn die Zustellung der Ladung zu dem Termine innerhalb der einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Notfrist erfolgt ist.

Mot. S. 173. KPr. S. 76, 124, 125, 535, 536, 666, 667. 168ste Sitz. S. 3.

1. Zu Abs. 1: a) Der den Restitutionsantrag enthaltende Schriftsatz ist an denjenigen zuzustellen, an welchen der die versäumte Prozeßhandlung nachholende Schriftsatz zuzustellen ist.

Ladung zur mündlichen Verhandlung ist nötig, wenn der Restitutionsantrag die versäumte Prozeßhandlung nachholt und die betr. Prozeßhandlung der Ladung bedarf. Einer wiederholten Ladung bedarf es nicht, wenn im Restitutionsantrag auf die nachgeholte Prozeßhandlung Bezug genommen wird. — Ausnahmen von dem Gebote der Zustellung enthalten die Abs. 2 und 3.

b) Die unter Nr. 1—3 aufgestellten Erfordernisse des Schriftsatzes sind obligatorisch. Das Gericht hat das Vorhandensein derselben von Amtswegen zu prüfen (vgl. Bem. Nr. 2 litt. a u. b zu § 216) und den Restitutionsantrag, welcher den Erfordernissen nicht entspricht, als unzulässig abzuweisen. [AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 385 ff.]

c) Die die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen sind aus §§ 211, 213 zu entnehmen. Auch die Thatsachen, aus denen die Rechtzeitigkeit des Restitutionsantrags sich ergiebt, gehören dazu. Daraus, daß die die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen im Schriftsatze angegeben werden müssen, folgt, daß eine andere als die im Schriftsatze enthaltene Restitutionsbegründung in der Verhandlung über Restitutionsantrag nicht vorgebracht und in der Entscheidung über das Restitutionsgesuch nicht berücksichtigt werden darf. Dies gilt auch für die Verhandlung über das Restitutionsgesuch in der Berufungsinstanz [RG. 15. April 1885 Entsch. XVI Nr. 91 S. 368.]

d) Der Schriftsatz muß die Mittel zur Glaubhaftmachung der bezeichneten Thatsachen angeben, nicht schon dieselben glaubhaft machen. Daraus, daß in Nr. 2 die Angabe nicht der Beweismittel sondern der Mittel zur Glaubhaftung gefordert wird, folgt, daß für jene Thatsachen in der Verhandlung die Regeln der Glaubhaftmachung gelten (vgl. Mot. S. 214). [So auch Struckm. Koch N. 2 zu § 214, Gaupp I S. 539. AM. Wilm. Levy N. 4 zu § 214.] Über diese Regeln s. § 266 nebst den Bemerkungen. Wegen der Prüfung der Wahrheit der die Restitution begründenden Thatsachen s. Bem. Nr. 2 ad litt. a u. b zu § 216.

e) Die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung muß in dem Schriftsatze enthalten sein, d. h. der Schriftsatz muß seinem Inhalt und seiner Form nach auch den Vorschriften über die Einspruchs- (§ 305), Berufungs- (§ 479), Revisions- (§ 515), Beschwerde- (§ 548) schrift, über die Wiederaufnahme- (§ 548) und Anfechtungs- (§§ 835, 870) klage (§ 230) entsprechen. Nur wenn die Prozeßhandlung, also z. B. die Einlegung des Einspruchs, der Berufung ꝛc., schon ordnungsmäßig geschehen ist, genügt es, im Restitutionsgesuche darauf Bezug zu nehmen.

f) Für den Restitutionsantrag besteht Anwaltszwang, wenn solcher für die versäumte Prozeßhandlung besteht. Im amtsgerichtlichen Prozesse kann der Restitutionsantrag zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden (§ 462), in welchem Fall die Zustellung gemäß § 458 erfolgt. Ebenso kann der Restitutionsantrag bei Versäumung der Beschwerdefrist (§ 540) in den Fällen des § 532 Abs. 2 zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden.

2. Zu Abs. 2: Gleichwie die Frist zur sofortigen Beschwerde durch Einreichung eines Schriftsatzes (bzw. im Falle des § 532 Abs. 2 durch protokollarische Erklärung) sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als bei dem Beschwerdegericht gewahrt wird (§§ 532, 540), so kann auch der Antrag auf Wiedereinsetzung bei jedem der bezeichneten Gerichte erfolgen. In den Fällen der sofortigen Beschwerde gegen eine Verfügung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers (§ 539) muß der Antrag auf Wiedereinsetzung bei dem Prozeßgericht, nicht bei dem Beschwerdegericht, eingereicht werden. In § 539 Abs. 4 ist nämlich für diese Fälle vorgeschrieben, daß zunächst die Entscheidung des Prozeßgerichts nachgesucht werden muß. Hieraus folgt, daß in diesen Fällen auch der Antrag auf Wiedereinsetzung bei dem Prozeßgericht einzureichen ist.

3. Abs. 3 ist von der JK. der RT. eingefügt. Man ging von der Erwägung aus, daß

möglicherweise die Partei oder ihr Anwalt von der Versäumung der Frist vor dem Termine keine Kenntnis erhalte. „Liege dann der Termin später, als einen Monat nach Ablauf der Notfrist, so sei die Restitution für die Partei verloren". Daher wurde gestattet, die Restitution ohne vorgängige Zustellung eines den Restitutionsantrag enthaltenden Schriftsatzes im Termin zu beantragen, auch wenn der Termin außerhalb der in § 213 Abs. 2 bestimmten Frist liegt, falls nur die Ladung zu dem Termine innerhalb dieser Frist erfolgt ist. Übrigens ist diese Restitution nicht davon abhängig, daß die zu restituierende Partei vor dem Termin keine Kenntnis von der Fristversäumnis hatte.

Für den Restitutionsantrag nach § 214 Abs. 3 gelten die Erfordernisse des § 214 Nr. 1—3, sowie im Anwaltsprozesse die Vorschriften des § 269 Abs. 2 und 4 über schriftliche Formulirung der Anträge.

Restitution nach § 214 Abs. 3 (ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes) kann nur beantragt werden, wenn der Gegner in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine erschienen ist. Denn irgendwie muß doch der Restitutionsantrag dem Gegner mitgeteilt werden. Der Grund ist derselbe, aus dem Unzulässigkeit der Erhebung einer Widerklage (Bem. Nr. 7 zu § 33) und eines Anschlußantrags (Bem. Nr. 4 litt. b zu § 482) in Abwesenheit des Gegners folgt. Auch stände der Verhandlung und Entscheidung über den Antrag in Abwesenheit des Gegners der § 300 Nr. 3 entgegen.

Auf Restitution gegen die Notfrist des § 540 ist Abs. 3 des § 214 nicht anwendbar.

4. Das Gesuch um Wiedereinsetzung hemmt nicht die Zwangsvollstreckung; jedoch ist nach § 647 Einstellung der Zwangsvollstreckung möglich.

§ 215.

Über den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht.

Mot. S. 173. KPr. S. 76, 536.

Über die Wiedereinsetzung entscheidet dasjenige Gericht, welches über den versäumten Einspruch, das Rechtsmittel, die Restitutions- oder Nullitätsklage, die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil oder gegen den Schiedsspruch zu entscheiden hätte. Welches Gericht zuständig ist, ergeben die §§ 303 ff., 473, 510, 540, 547, 640, 834, 871.

§ 216.

Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden. Das Gericht kann jedoch das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag beschränken.

Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags und auf die Anfechtung der Entscheidung finden die Vorschriften Anwendung, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten. Der Partei, welche den Antrag gestellt hat, steht jedoch der Einspruch nicht zu.

Die Kosten der Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind.

Mot. S. 173, 174. KPr. S. 76, 536.

1. Zu Abs. 1: Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist das gleiche, welches bezüglich der versäumten Prozeßhandlung stattzufinden hätte, wenn diese rechtzeitig

vorgenommen wäre. Es findet folglich mit Ausnahme der Restitution gegen Versäumung der sofortigen Beschwerde, für welche die mündliche Verhandlung nur fakultativ ist, stets mündliche Verhandlung statt. Regelmäßig wird die Verhandlung über den Restitutionsantrag (das iudicium rescindens) mit der Verhandlung über die nachgeholte Prozeßhandlung (dem iudicium rescissorium) verbunden. Das Gericht kann durch Beschluß (§ 137) das Verfahren zunächst auf die Verhandlung über den Restitutionsantrag beschränken, wohl auch einen Termin lediglich zur Verhandlung über diesen Punkt bestimmen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 137 und Bem. Nr. 3 litt. b zu § 312). Der Gegner des die Restitution Nachsuchenden hat nicht die Befugnis, bis zur Entscheidung der Restitutionsfrage die Einlassung zur Sache zu verweigern. Über den Antrag auf Wiedereinsetzung kann auch ohne vorherige Beschränkung der Verhandlung in einem Zwischenurteil entschieden werden, wenn dem Antrage stattgegeben wird. Wird der Antrag abgewiesen, so ist ein Zwischenurteil nicht möglich, denn in diesem Fall ist zugleich die Unzulässigkeit der nachgeholten Prozeßhandlung auszusprechen.

2. Zu Abs. 2: a) Daraus, daß die Zulässigkeit des Einspruchs, der Berufung, der Revision, der Beschwerde und der Wiederaufnahmeklagen nach §§ 306, 497, 529, 537, 552 von Amtswegen zu prüfen ist, folgt, daß die Zulässigkeit eines auf Einspruchs-, Rechtsmittel- und Wiederaufnahmefrist bezüglichen Restitutionsgesuchs ebenfalls der Offizialprüfung unterliegt. Für die Prozeßhandlungen, welche zur Wahrung der übrigen zwei Notfristen (§§ 835 und 870) dienen, ist Offizialprüfung der Zulässigkeit nicht vorgeschrieben. Aus dem Begriffe der Notfrist als einer der Parteidisposition entzogenen Frist muß aber gefolgert werden daß das Gericht die Zulässigkeit des Restitutionsantrags auch hier ex officio zu prüfen hat; sonst könnten die Parteien auf dem Umwege der Restitution über die Notfrist verfügen. Die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags ist nicht bloß von der Beobachtung der in § 214 vorgeschriebenen Formalien, sondern auch von dem Vorhandensein eines gesetzlichen Restitutionsgrundes (§§ 211, 213) bedingt; daher hat sich die Offizialprüfung auch hierauf zu erstrecken.

b) Daß auch die Rechtzeitigkeit des Restitutionsgesuchs der Offizialprüfung unterliegt, folgt daraus, daß die Verlängerung der Restitutionsfrist der Parteivereinbarung entzogen ist. Vgl. § 212 Abs. 2 und Bem. Nr. 6 zu § 213.

Ad a und b: Konsequenz der Offizialprüfung ist, daß die zur Begründung der Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit des Restitutionsgesuchs behaupteten Thatsachen durch das Geständnis des Gegners nicht der Prüfung des Gerichts auf ihre Wahrheit entzogen werden. Näheres s. Bem Nr. 8 zu § 261 [vgl. a. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 188 und S. 393]. Darüber daß diese Thatsachen unter der Regel der Glaubhaftmachung stehen, s. Bem. Nr. 1 litt d zu § 214.

c) Die Entscheidung über den Restitutionsantrag kann angefochten werden, wenn die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung selbst anfechtbar ist; sie kann angefochten werden mit dem prozessualischen Behelfe, welcher zur Anfechtung der Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung gewährt ist. Dies gilt für die Anfechtung seitens beider Parteien. Wird eine Restitution durch Zwischenurteil zugelassen (s. Bem. Nr. 1 litt a), so ist dasselbe erst mit dem Endurteil anfechtbar. Abgesehen von den unter litt. d und e besonders behandelten Fällen, wo die Entscheidung Versäumnisurteil ist, ergiebt sich folgendes: α) Die Entscheidung über den Antrag auf Restitution gegen Ablauf der Frist zum Einspruch gegen ein Urteil erster Instanz ist anfechtbar mit Berufung. Die E. ü. d. A. a. R. g. A. d. F. z. Einspr. g. e. U. zweiter Instanz ist anfechtbar mit Revision, wenn die zweite Instanz ein Oberlandesgericht ist. Die Revision ist durch das Vorhandensein der Revisionssumme bedingt. Die E. ü. d. A. a. R. g. A. d. F. z. Einspr. g. e. U. des Revisionsgerichts ist nicht anfechtbar. β) Die E. ü. d. A. a. R. g. A. der Berufungsfrist ist anfechtbar mit

Revision, wenn die zweite Instanz ein Oberlandesgericht ist. Die Revision findet statt ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes, arg. § 509 Nr. 1; denn es handelt sich um die Zulässigkeit der Berufung. γ) Die E. ü. d. A. a. R. g. A. der Revisionsfrist ist unanfechtbar. δ) Die E. ü. d. A. a. R. g. A. der Beschwerdefrist ist stets mit weiterer Beschwerde anfechtbar, wenn noch eine höhere Instanz vorhanden ist (vgl. Bem. Nr. 2 litt. a und c zu § 531). ε) Die E. ü. d. A. a. R. g. A. der Wiederaufnahmefrist ist anfechtbar mit Berufung, wenn das Gericht erster Instanz, mit Revision, wenn das Berufungsgericht für die Wiederaufnahme zuständig und Oberlandesgericht ist. Revisionssumme ist nötig. ζ) Die E. ü. d. A. a. R. g. A. der Klagefristen der §§ 835 und 870 ist anfechtbar mit Berufung.

d) Versäumt der Gesuchsteller den Termin, so ist auf Antrag des Gegners der Restitutionsantrag durch Versäumnisurteil abzuweisen (arg. § 295) und zugleich die nachgeholte Prozeßhandlung (der Einspruch, die Berufung 2c.) als unzulässig (verspätet) zu verwerfen. Das gegen den Gesuchsteller ergangene Versäumnisurteil ist nicht mit Einspruch anfechtbar. Aus dem Grunde des § 474 Abs. 2 ist Anfechtung durch Berufung bezw. Revision möglich.

e) Versäumt der Gegner des Gesuchstellers den Termin, so sind die zur Begründung des Rest.-Gesuches vorgebrachten Thatsachen nichts destoweniger vom Gesuchsteller glaubhaft zu machen und vom Gericht auf ihre Wahrheit nach den Regeln über Glaubhaftung zu prüfen. Das sog. fingierte Geständnis des § 296 greift nicht ein, weil Offizialprüfung stattfindet (s. Bem. Nr. 1 ad litt. a und b). Bei der Offizialprüfung kann sich ergeben, daß das Rest.-Gesuch verspätet, daß die zur Begründung des Rest.-Antrags vorgebrachten Thatsachen unwahr sind oder daß sie das Rest.-Gesuch nicht rechtfertigen; in diesen Fällen ist der Rest.-Antrag abzuweisen. Ebenso, wenn das Rest.-Gesuch den Vorschriften des § 214 nicht genügt. Das abweisende Urteil hat nicht den Charakter eines Versäumnisurteils. Ergiebt sich aber, daß das Rest.-Gesuch formell ordnungsmäßig und der Rest.-Antrag begründet ist, so treten die weiteren Kontumazialfolgen bezüglich des iudicium rescissorium und zwar je nach Lage der Sache die Versäumnisfolge des § 295 oder des § 296 oder des § 504 (529) ein und ist auf Grund deren ein Versäumnisurteil zur Hauptsache zu erlassen, welches in den Gründen die Restitution gewährt. Dieses Versäumnisurteil kann vom Gegner des Restituierten mit Einspruch angefochten werden.

3. Zu Abs. 3: Vgl. § 309. — Im Falle des § 213 kann § 97 anwendbar werden. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 5, GO. f. RA. § 26.

Fünfter Titel.

Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

1. Stillstand des begonnenen Prozesses kann eintreten:

I. Zufolge Vereinbarung der Parteien und zufolge Nichterscheinens (bzw. Nichtverhandelns) beider Parteien in einem Termin zur mündlichen Verhandlung. Im Gesetz heißt dieser Stillstand „Ruhen des Verfahrens" (§ 228).

II. Zufolge eines Ereignisses, mit dessen Eintritt das Gesetz unmittelbar den Stillstand eintreten läßt. Im Gesetz heißt dieser Stillstand „Unterbrechung des Verfahrens". Solche Unterbrechung tritt ein:

1) in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters einer Partei, sofern der Prozeß für sie nicht von einem Bevollmächtigten geführt wird — §§ 217, 219, 223;
2) im Falle der gerichtlichen Konkurseröffnung, wenn der Prozeß nach den Vorschriften des Konkursrechts die Konkursmasse betrifft — § 218;

3) im Falle des Aufhörens der Thätigkeit des Gerichts in Folge eines Krieges oder sonstigen Ereignisses (iustitium) — § 222;

4) in Anwaltsprozessen im Falle des Todes des Anwalts oder des Verlustes seiner Fähigkeit, die Vertretung der Partei fortzuführen — § 221.

5) Nach RG. vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, § 13 wird das Verfahren über den Anfechtungsanspruch durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners unterbrochen.

III. Zufolge Gerichtsbeschlusses. Im Gesetz heißt dieser Fall „Aussetzung des Verfahrens".

Aussetzung des Verfahrens kann auf Antrag angeordnet werden, wenn in den unter II 1 erwähnten Fällen die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war (§ 223); sie kann auch von Amtswegen angeordnet werden, wenn die Partei sich zu Kriegszeiten im Militärdienste befindet oder wenn sie sich in einem durch obrigkeitliche Anordnung, durch Krieg oder andere Zufälle vom Verkehre mit dem Prozeßgerichte abgeschnittenen Orte aufhält (§ 224). Das Gesetz läßt ferner Aussetzung zu auf Antrag im Falle einer Hauptintervention (§ 62), von Amtswegen im Falle der Präjudizialität eines anderen Prozeß-, Straf- oder Verwaltungsverfahrens (§§ 139, 140), in Ehesachen zum Zwecke der Wiederaussöhnung der Parteien (§ 580). Durch EG. § 15 Nr. 1 sind landesgesetzliche Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens bei Kompetenzkonflikten mit Verwaltungsbehörden aufrecht erhalten. Die einzelnen Landesgesetze s. Bem. zu EG. § 15 Nr. 1.

Die Aussetzung des Verfahrens ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig. Der preuß. Entw. § 755 und der nordd. Entw. § 393 (vgl. Nordd. Prot. I S. 410) sagten dies ausdrücklich. Die Motive z. d. Entw. erklären dies für „selbstverständlich". Der Satz wird auch durch § 229 (ad vv. „auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen") erwiesen. In der JK. d. RT. (KPr. S. 77) wurde besonders erwähnt, daß eine Aussetzung des Verfahrens durch Kabinetsjustiz nicht eintreten könne.

2. Über Unterbrechung des Mahnverfahrens vgl. Bem. Nr. 2 zu § 632.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 4, GO. f. RA. § 20.

§ 217.

Im Falle des Todes einer Partei tritt eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger ein.

Wird die Aufnahme verzögert, so können die Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden.

Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen. Die Ladungsfrist wird von dem Vorsitzenden bestimmt.

Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und von dem Gerichte durch Versäumnisurteil auszusprechen, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.

Mot. S. 174—176. KPr. S. 76, 536.

1. Zu Abs. 1: Die Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei tritt durch diese Thatsache selbst ein, auch ohne daß dieselbe dem Gegner oder dem Gerichte bekannt

geworden ist. Hört die Existenz einer Partei, welche nicht physische Person ist, auf, so ist § 217 nicht anwendbar [AM. Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 90 N. *]. Stirbt ein Streitgenosse, so tritt ihm gegenüber Unterbrechung ein. Unterbrechung tritt nicht ein, wenn der Verstorbene durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war (§ 223), wird aber dadurch, daß der Verstorbene einen gesetzlichen Vertreter hatte, nicht ausgeschlossen.

Die Unterbrechung dauert fort bis zur Aufnahme des Verfahrens (reassumptio litis) durch die Rechtsnachfolger. Als Rechtsnachfolger kann nicht bloß der Gesamtrechtsnachfolger, sondern auch ein Sonderrechtsnachfolger von Todeswegen (Lehensnachfolger, Fideikommißnachfolger, auch Vermächtnisnehmer) den Streit aufnehmen. (Nordd. Prot. I S. 429.) [So auch Wilm. Levy N. 3 zu § 217, Petersen S. 360, Hellmann Komm. I S. 599 u. Lehrb. S. 405, v. Bülow N. 2 zu § 217. AM. Struckm. Koch N. 1, Gaupp I S. 545, Schollmeyer Zwischenstreit S. 105.] Die Aufnahme des Verfahrens erfolgt entweder nach § 227 oder sie wird nach § 217 Abs. 3 durch Zwischenurteil ersetzt. Ist für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so greift § 220 ein.

Will jemand als Rechtsnachfolger des Verstorbenen den Prozeß aufnehmen, und bestreitet der Gegner im Termin, daß jener der Rechtsnachfolger sei, so muß der Aufnehmende seine Rechtsnachfolge beweisen. Kann er diesen Beweis nicht führen, so ist die Aufnahme ungültig und die Unterbrechung nicht beendigt. Dies ist nötigenfalls durch Urteil vom Gericht auszusprechen; der Aufnehmende ist in die Kosten des Aufnahmeverfahrens zu verurteilen. Versäumt der Gegner den Verhandlungstermin, und wird von dem Aufnehmenden Vers.-Urteil beantragt, so ist zunächst die demselben rechtzeitig mitgeteilte Behauptung der (als Testaments- Intestaterbfolge ꝛc. zu charakterisierenden) Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen (arg. §§ 296, 217 Abs. 3). [Nach Planck I S. 527, soll nicht die Rechtsnachfolge, sondern es sollen die thatsächlichen Behauptungen, auf welche sich diese stützt, als zugestanden gelten; das Gericht soll zu prüfen haben, ob diese Thatsachen die Rechtsnachfolge ergeben. Dagegen spricht, daß auch im Falle des § 217 Abs. 3 Zugeständnis der Rechtsnachfolge anzunehmen ist.] Auf dieser Unterlage ist das Versäumnisurteil zur Sache zu erlassen, wenn ein solches nach allgemeinen Regeln zulässig ist. Ist ein Versäumnisurteil zur Sache nicht mehr zulässig — z. B. im Verfahren nach Erledigung des bedingten Endurteils (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 427) — so bleibt, da ein Versäumniszwischenurteil über die Rechtsnachfolge für diesen Fall nicht vorgesehen ist, nichts übrig, als auf der durch Versäumnisfolge hergestellten Unterlage das Urteil zur Sache zu erlassen. Dieses Urteil wäre dann nur insoweit, als es auf der Versäumnis beruht, d. i. bezüglich der Annahme der Rechtsnachfolge, durch Einspruch anfechtbar. Versäumt derjenige, welcher als Rechtsnachfolger den Prozeß aufgenommen hat, den Termin zur mündlichen Verhandlung, so kann der Gegner, wenn er jenen als Rechtsnachfolger anerkennt, gegen ihn Versäumnisurteil zur Sache erwirken. Wenn der Gegner aber den Aufnehmenden als Rechtsnachfolger nicht anerkennt, so kann er irgend welche Entscheidung zur Sache nicht beantragen, weil die Aufnahme, wenn sie nicht von dem Rechtsnachfolger ausging, die Unterbrechung nicht beendigte.

2. Zu Abs. 2: Der Gegner der verstorbenen Partei kann nach Eintritt der Rechtsnachfolge den oder die Rechtsnachfolger laden, wenn diese die Aufnahme verzögern. Ob Rechtsnachfolge eingetreten ist, ist aus dem materiellen Recht zu bestimmen. Nach gem. Recht gehört, wenn nicht sui heredes vorhanden sind, die Antretung der Erbschaft zum Eintritt der Rechtsnachfolge. Während der Deliberation ist noch keine Rechtsnachfolge eingetreten. Wer cum beneficio invent. angetreten hat, kann nach l. 22 § 11 C. de iure delib. 6, 30 vor Beendigung des Inventars oder Ablauf der Inventarisationsfrist nicht zur Aufnahme genötigt, daher nicht gültig geladen werden. — Nach preuß. ALG. I 9 §§ 337, 368, I 12

§ 238 und franz. Recht C. c. art. 724, 777 ist der Berufene mit dem Tode des Erblassers Erbe geworden; die Deliberation des ALR. I 12 § 383 und des C. c. art. 795 hat eine andere Bedeutung als im gem. Recht. Da aber der Erbe nach ALR. l. c. § 386 und C. c. art. 797 während der Deliberation nicht zur Aufnahme genötigt werden kann, so ist eine Ladung während der Deliberationsfrist unwirksam. — Verzögert ist die Aufnahme, wenn der Rechtsnachfolger, nachdem er von dem Prozesse erfahren, denselben nicht aufgenommen hat. Es muß kein längerer Zeitraum zur Überlegung gelassen werden; denn es handelt sich zunächst darum, einen Prozeßgegner zu stellen; ist dieser gestellt, dann kann immer noch vertagt werden. [So auch Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 546. AM. Struckm. Koch N. 2, Hellmann I S. 600, Kleiner I S. 685, v. Bülow N. 4, Petersen S. 361.]

Ist in der Instanz, in welcher die Unterbrechung eintrat, noch eine Verhandlung der Hauptsache erforderlich, so ist zugleich zur Verhandlung über die Aufnahmepflicht des Geladenen und zur Verhandlung der Hauptsache zu laden; es steht nicht im Belieben des Ladenden, nur zur Verhandlung über die Aufnahmepflicht zu laden. Ist aber in der Instanz keine Verhandlung der Hauptsache mehr nötig, dann ist nur zur Aufnahme zu laden. Letzteres ist der Fall, wenn das Endurteil der betreffenden Instanz erlassen ist und die Aufnahme nötig wird, um einen Gegner zu erhalten, dem das Urteil, eventuell auch die Berufungs- oder Revisionsschrift, zugestellt werden kann (vgl. Nordd. Prot. S. 1539). [So auch Gaupp I S. 547. Falsch v. Sarwey I S. 323.] Aus § 120 folgt die Verpflichtung, die Verhandlung durch Schriftsätze vorzubereiten.

3. Zu Abs. 3: Die Ladungsfrist ist hier ausnahmsweise vom Richter zu bestimmen. Mit der Ladung ist die Verfügung des Vorsitzenden über die Ladungsfrist zuzustellen. Die Ladung ist dem Rechtsnachfolger selbst, bzw. wenn dieser prozeßunfähig ist, seinem gesetzlichen Vertreter zuzustellen. Durch das Wort „selbst" ist Ersatzzustellung und öffentliche Zustellung nicht ausgeschlossen. Die Bedeutung des Wortes tritt bei der entsprechenden Anwendung des § 217 auf den Fall des § 223 hervor.

4. Ist sowohl die ladende Partei als der als Rechtsnachfolger Geladene in dem Termine erschienen, so ergeben sich folgende Möglichkeiten: a) Der Geladene nimmt als Rechtsnachfolger den Prozeß auf. Dann ist die Unterbrechung beendet. Das Verfahren geht weiter. b) Die Geladenen bestreiten die Rechtsnachfolge und folglich die Aufnahmepflicht; dann ist darüber zu verhandeln. Das Gericht kann nach § 137 die Verhandlung auf diese Frage beschränken; ohne solche Beschränkung erstreckt sich die Verhandlung auch auf die Hauptsache, wenn darüber noch Verhandlung erforderlich ist. Gelangt das Gericht zu der Ansicht, daß die Geladenen nicht die Rechtsnachfolger sind, so ist der Antrag auf Aufnahme abzuweisen. Diese Entscheidung ist Endurteil und kann als solches mit den Rechtsmitteln der Berufung oder Revision angefochten werden [L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 10; vgl. a. RG. 16. April 1884 Entsch. XI Nr. 72 S. 317]. Gelangt das Gericht zu der Annahme, daß die Geladenen die Rechtsnachfolger sind, so ist dies entweder durch Zwischenurteil (§ 275) oder in den Gründen des Endurteils auszusprechen. Das Zwischenurteil kann nicht selbständig, sondern erst mit dem Endurteil angefochten werden. Nur in dem Fall, daß nach dem Endurteil zur Aufnahme geladen ist, ist das die Verpflichtung zur Aufnahme feststellende Urteil Endurteil und daher selbständig anfechtbar; denn sachlich ist es Wiederholung des Urteilsspruchs in der Richtung gegen die Rechtsnachfolger.

5. Zu Abs. 4: Erscheinen die als Rechtsnachfolger Geladenen trotz gültiger Ladung (die Ungültigkeit der Ladung wäre von Amtswegen zu beachten) im Termine nicht, so ist die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und durch Versäumniszwischenurteil die Verpflichtung der Geladenen zur Aufnahme auszusprechen. Dieser Ausspruch ersetzt, wenn er

rechtskräftig wird, die Aufnahmeerklärung (vgl. § 779). Das Versäumniszwischenurteil ist eine Anomalie gegenüber der Vorschrift, daß Versäumniszwischenurteile nur zu erlassen sind, wenn der Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt war (§ 312 Abs. 2). Gegen dasselbe steht dem Kontumazierten der Einspruch zu. Wird Einspruch nicht erhoben, so kann nach Ablauf der Einspruchsfrist in der Hauptsache weiter verhandelt werden. Wird Einspruch erhoben, so ist erst nach dessen Erledigung eine Verhandlung zur Hauptsache statthaft. Wird auf Grund der Einspruchsverhandlung die Rechtsnachfolge angenommen, so ist durch Zwischenurteil auszusprechen, daß die Entscheidung des Vers.Zw.U. aufrecht zu erhalten sei. Anderenfalls ist das Vers.Zw.U. aufzuheben und der Antrag auf Aufnahme abzuweisen (Endurteil, vgl. Bem. Nr. 4 litt. b).

6. Erscheint die Partei, welche den Rechtsnachfolger geladen hat, im Termine nicht, so kann der letztere im Termin die Aufnahme erklären und nach Lage des Prozesses Versäumnisurteil zur Sache gegen die nichterschienene Partei verlangen. Wenn der Geladene aber seine Eigenschaft als Rechtsnachfolger nicht anerkennt, dann kann er ein Versäumnisurteil auf Abweisung des Aufnahmeantrags verlangen.

7. Nach KO. § 8 und Anfecht.-Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 kommen die Bestimmungen des § 217 zur entsprechenden Anordnung, wenn der Konkursverwalter die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens verzögert. Aus entsprechender Anwendung des Abs. 3 des § 217 ergiebt sich gegen den im Termin nicht erschienenen Verwalter ein Versäumniszwischenurteil, in welchem die Aufnahme des Verfahrens durch den Verwalter ausgesprochen wird.

8. Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 4, GO. f. RA. § 20.

9. Welchen Einfluß der Tod des Schuldners auf den Beginn und Fortgang der Zwangsvollstreckung hat, bestimmen die §§ 693 ff.

§ 218.

Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird.

Motive S. 174—176, 178. KPr. S. 76, 536, 667.

1. Das Verfahren betrifft die Konkursmasse:

a) wenn der Prozeß einen Bestandteil der Konkursmasse (Aktivmasse), d. h. des in KO. § 1 bezeichneten Vermögens, betrifft. Natürlich gehören dazu auch Prozesse gegen den Gemeinschuldner, welche eventuell zu einem Aus- oder Absonderungsrecht führen, also die Masse mindern. Prozesse über Vermögen, welches nach KO. § 1 Abs. 1, 2 nicht zur Konkursmasse gehört, werden nicht unterbrochen. — Vgl. a. Anf.-Ges. v. 21. Juli 1879 § 13.

b) Wenn der Prozeß einen Anspruch gegen den Gemeinschuldner betrifft, welcher eventuell im Konkurse als Konkursforderung (vgl. KO. §§ 2, 56 Nr. 3, 4) oder als Masseschuld (KO. § 52 Nr. 2, 3) geltend gemacht werden kann (Prozesse über die Passivmasse vgl. KPr. S. 76).

Prozesse des Gemeinschuldners über nicht vermögensrechtliche Ansprüche (Beispiele s. in Bem. Nr. 2 zu § 21), desgleichen Feststellungsprozesse über Rechtsverhältnisse außerhalb des Vermögensrechts werden durch die Konkurseröffnung nicht unterbrochen.

2. Wegen Eröffnung des Konkurses s. KO. § 94—106. Der Prozeß gegen den Benefizialerben wegen einer Nachlaßschuld wird unterbrochen durch die KE. über den Nachlaß [RG. 7. Nov. 1882 SA. XXXVIII Nr. 271]. Wegen Aufnahme des durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Verfahrens s. KO. §§ 8, 9, 132 Abs. 2, 134 Abs. 3 [vgl. auch

L. Seuffert zur Gesch. u. Dogmatik des deutschen Konkursrechts I S. 110 ff. und Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 91 ff., RG. 31. Dez. 1883 Entsch. XI Nr. 105 S. 399, 23. Jan. 1885 XIII Nr. 78 S. 315]. Wegen Aufhebung des Konkurses s. KO. §§ 105, 151, 102, 175, 188—192. Auch „Einstellung" nach KO. §§ 188—192 beendigt die Unterbrechung. Mit der Aufhebung des Konkurses ist die Unterbrechung beendigt, ohne daß es einer Zustellung bedarf (vgl. KO. § 68 Abs. 3). Ebensowenig ist eine Wiederaufnahmeerklärung dazu nötig (vgl. KPr. S. 76).

3. Wegen Einstellung der Zwangsvollstreckung während des Konkurses s. KO. § 11.

4. Durch die Konkurseröffnung im Auslande werden die im Inland anhängigen Prozesse nicht unterbrochen [RG. 28. Sept. 1885 Entsch. XVI Nr. 78 S. 337; vgl. a. Entsch. VI Nr. 125 S. 403 ff., XIV Nr. 115 S. 405, Nr. 116 S. 412]. Auch die Zwangsvollstreckung in inländisches Vermögen wird durch die ausländische Konkurseröffnung nicht unzulässig (KO. § 207).

§ 219.

Verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit oder stirbt der gesetzliche Vertreter einer Partei oder hört die Vertretungsbefugnis desselben auf, ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist, so wird das Verfahren unterbrochen, bis der gesetzliche Vertreter oder der neue gesetzliche Vertreter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Vertreter anzeigt.

Mot. S. 176, 177. KPr. S. 76, 536.

1. Verlust der Prozeßfähigkeit (§ 50) kann eintreten durch Geisteskrankheit, durch Entmündigung wegen Verschwendung, ferner nach Landesrecht durch Stellung unter Kuratel wegen Imbecillität, Bresthaftigkeit, Taubstummheit 2c. (vgl. Bem. Nr. 5 vor § 593). Konkurseröffnung macht den Gemeinschuldner nicht prozeßunfähig (s. Bem. Nr. 3 zu § 50).

Wegen des Begriffes „gesetzlicher Vertreter" vgl. Bem. Nr. 4 zu § 50. Der Vormund verliert durch Absetzung oder Entbindung von der Vormundschaft, der Vorstand einer Aktiengesellschaft durch Aufhören dieser seiner Eigenschaft die Vertretungsbefugnis 2c. Hört die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters auf, während gleichzeitig die Partei prozeßfähig wird, z. B. bei Eintritt der Volljährigkeit, Aufhebung der Entmündigung, so tritt keine Unterbrechung ein.

Die Unterbrechung tritt ein mit dem dieselbe veranlassenden Ereignis ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe den Parteien und dem Gericht bekannt geworden ist oder nicht.

Nach § 223 tritt die Unterbrechung nicht ein, wenn eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand.

2. Die Unterbrechung endigt mit der Anzeige des Vertreters von seiner Bestellung an den Gegner oder mit der Anzeige des Gegners an den Vertreter, daß er den Prozeß fortzusetzen beabsichtige. Die Anzeigen erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 227). Solange kein Vertreter bzw. kein neuer Vertreter bestellt ist, kann die Unterbrechung nicht beendigt werden. Dem Gericht ist nicht, wie in § 55, die Befugnis zur Aufstellung eines provisorischen Vertreters eingeräumt.

§ 220.

Wird im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so kommen die Vorschriften des

§ 219 und, wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, die Vorschriften des § 218 in betreff der Aufnahme des Verfahrens zur Anwendung.

Motive S. 174—177. KPr. S. 76, 536.

1. Ist eine Unterbrechung durch den Tod einer Partei nach § 217 vgl. mit § 223 eingetreten und es wird ein curator hereditatis bestellt, so endigt die Unterbrechung mit der Anzeige des Kurators von seiner Bestellung an den Gegner oder mit der Anzeige des Gegners an den Kurator, daß er den Prozeß fortsetzen wolle. Form der Anzeigen: § 227. Über die Voraussetzungen zur cura hereditatis vgl. Windscheid Pand. II § 447 Anm. 4; wegen des preuß. Rechts s. VormOrdn. v. 5. Juli 1875 § 89.

2. Ist eine Unterbrechung durch den Tod einer Partei nach § 217 vgl. mit § 223 eingetreten und es wird über den Nachlaß der Konkurs eröffnet (KO. §§ 202—206), so tritt ein neuer Unterbrechungsgrund, die Konkurseröffnung, hinzu. Die Folge davon ist, daß, solange der Konkurs dauert, die Aufnahme nur nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen (KO. §§ 8, 9, 132 Abs. 2, 134 Abs. 3) erfolgen kann. Ist das Konkursverfahren aufgehoben, ohne daß die Aufnahme stattgefunden hat, so dauert die Unterbrechung fort, bis sie nach § 217 beendigt wird.

§ 221.

Stirbt in Anwaltsprozessen der Anwalt einer Partei oder wird derselbe unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht.

Wird diese Anzeige verzögert, so kann die Partei selbst zur Verhandlung der Hauptsache geladen oder zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist aufgefordert werden. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist das Verfahren als aufgenommen anzusehen. Bis zur nachträglichen Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts können alle Zustellungen an die zur Anzeige verpflichtete Partei, sofern diese weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgen.

Mot. S. 174—176, 178. KPr. S. 76, 536.

1. Der § 221 bezieht sich nur auf den Anwaltsprozeß. Über diesen Begriff s. Bem. Nr. 1 zu § 74. Abs. 2 des § 74 kommt hier nicht in Betracht. Über Wegfall des Anwalts in dem Verfahren nach EG. § 7 Abs. 2 s. Bem. Nr. 3 zu EG. § 8. [Vgl. Bl. f. RA. LIII S. 36 ff.]

Der Wegfall des Anwalts bewirkt Unterbrechung nur wenn der Weggefallene bereits Anwalt einer Partei war. Ein Rechtsanwalt ist Anwalt einer Partei nicht schon, wenn er den Auftrag zur Vertretung angenommen, sondern erst, wenn er zufolge dieses Auftrags durch Vornahme einer Prozeßhandlung oder durch die Anzeige seiner Bestellung zum Anwalte dem Gegner gegenüber als Anwalt aufgetreten ist. Vollmachtsvorlage gehört nicht dazu. [Vgl. RG. 16. Febr. 1884 Entsch. 14 Nr. 92 S. 333.]

Hat der zur Prozeßführung bevollmächtigte Anwalt einen anderen substituiert, so bewirkt gleichwohl der Wegfall des ersteren die Unterbrechung. Wegfall des Substituten hat diese Wirkung nicht. Vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 77 und die daselbst cit. UU. des RG.

Unterbrechung tritt auch ein, wenn der Anwalt nach Verkündung aber vor Zustellung des Urteils wegfällt. In diesem Falle muß ein neuer Anwalt für die Instanz, in welcher

das Urteil erlassen ist, bestellt und, wenn dies nicht geschieht, nach § 221 Abs. 2 das Ende der Unterbrechung bewirkt werden, damit das Urteil zugestellt werden kann [vgl. RG. 2. März 1883 Entsch. X Nr. 104 S. 347, 19. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 1144]. Dagegen tritt keine Unterbrechung ein, wenn der Rechtsanwalt nach Zustellung des Urteils weggefallen ist. In diesem Fall kann die Rechtsmittelschrift der Partei selbst zugestellt werden [RG. 8. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 76 S. 310].

Sind gleichzeitig mehrere Anwälte als Prozeßbevollmächtigte in der Instanz aufgestellt (§ 80), so tritt Unterbrechung nach § 221 erst ein, wenn alle gestorben oder unfähig geworden sind.

2. Unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, wird der Anwalt: a) bei Verlust der eigenen Prozeßfähigkeit, durch Geisteskrankheit oder Stellung unter Kuratel; arg. §§ 50, 75. Zwar wird nach RAO. § 22 die Rechtsanwaltsstellung nicht schon durch die Thatsache, daß der Anwalt unter Kuratel gestellt wird, verloren, sondern kann nur deswegen entzogen werden; aber daraus folgt nur, daß der Anwalt bis zur Zurücknahme der Zulassung Rechtsanwalt, nicht aber, daß er auch prozeßfähig im Sinne des § 50 bleibt. [AM. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2.] Ist zu der Zeit, in welcher der RA. prozeßunfähig wird, ein nach RAO. § 25 aufgestellter Vertreter desselben vorhanden, so tritt keine Unterbrechung ein; dagegen hindert das Vorhandensein eines solchen Vertreters zur Zeit des Todes des Anwalts die Unterbrechung nicht. b) Durch Verlust der Eigenschaft eines bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalts. Dieses Aufhören kann eintreten zufolge strafgerichtlichen Urteils nach StGB. §§ 31, 33, durch Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft nach RAO. § 63 Nr. 4, durch Zurücknahme der Zulassung nach RAO. §§ 21—23 und durch Aufgeben der Zulassung nach RAO. § 24. Der Zeitpunkt, mit welchem die Unterbrechung eintritt, ist in den Fällen des StGB. §§ 31, 33 und der RAO. § 63 N. 4 die Rechtskraft des Urteils (vgl. RAO. § 96) in den Fällen der RAO. §§ 21, 22 die Bekanntgabe des die Zurücknahme der Zulassung aussprechenden Bescheides der Landesjustizverwaltung an den RA., in dem Falle des Aufgebens der Zulassung aber die Löschung in der Liste (RAO. § 24) [vgl. RG. 19. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 1149 ff.].

Bei Kündigung des Mandats von Seite der Partei oder des Anwalts tritt keine Unterbrechung ein; vgl. § 83.

3. Die Unterbrechung wird dadurch beendigt, daß der neubestellte Anwalt dem Gegner von seiner Bestellung Anzeige durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 227) macht. Die Anzeige kann in einem Schriftsatze anderen Inhalts enthalten sein. [Vgl. dazu RG. 31. Dez. 1883 Entsch. XI Nr. 105 S. 401, 16. Febr. 1884 XVI Nr. 92 S. 334.] Wird die Anzeige verzögert — eine Verzögerung liegt vor, wenn nicht alsbald nach der Unterbrechung die Anzeige erfolgt (vgl. Bem. Nr. 2 zu 217) — so stehen dem Gegner zwei Wege offen, um die Unterbrechung zu beendigen. Entweder er ladet die unvertretene Partei selbst zur Verhandlung über die Hauptsache. Mit dieser Ladung muß nach § 192 die Aufforderung zur Anwaltsbestellung verbunden sein. Erscheint in dem Termine ein Anwalt für die geladene Partei, so ist die Aufnahme des Verfahrens erreicht. Anderenfalls kann je nach Lage der Sache entweder Versäumnisurteil gegen die nicht erschienene Partei (§§ 295, 296, 430) oder, wenn solches durch die Prozeßlage ausgeschlossen ist (so z. B. nach Erledigung eines bedingten Endurteils, vgl. Bem. Nr. 2 zu § 427), sog. kontradiktorisches Urteil gefällt werden. Ein Versäumniszwischenurteil, welches die Aufnahme feststellt, ist nicht zulässig. Oder der Gegner der unvertretenen Partei erbittet die Ansetzung einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist und fordert die Partei unter Zustellung der die Frist ansetzenden Verfügung auf, in dieser Frist einen Anwalt zu bestellen. Kommt die Partei der Aufforderung

nach, so ist die Aufnahme des Verfahrens erreicht. Kommt die Partei der Aufforderung nicht nach, so soll das Verfahren als aufgenommen angesehen werden. Ohne Fiktion gesprochen: es tritt mit dem Ablaufe der Frist das Ende der Unterbrechung ohne Ungehorsamsbeschuldigung und richterliche Entscheidung ein, also die gleiche Wirkung, welche die Aufnahme hat.

Ist der Anwalt nach Verkündung des Urteils weggefallen und die Aufnahme erforderlich, um das Urteil an den Anwalt zustellen zu können (s. Bem. Nr. 1 Abs. 4), so ist die Fristbestimmung nachzusuchen und zuzustellen. Dieses Verfahren ist auch, wenn noch mündliche Verhandlung nötig ist, nicht verschlossen, aber unzweckmäßig; die Ladung müßte hintenbrein doch noch erfolgen und die Prozedur wäre verzögert.

Der Schlußsatz „Bis zur nachträglichen Anzeige rc." bezieht sich nur auf den Fall, daß zur Bestellung eines Anwalts eine Frist vorgesetzt und diese Frist ohne Anwaltsbestellung abgelaufen ist. Vom Endpunkte dieser Frist an sind Zustellungen an die Partei unter der im Gesetze bezeichneten Voraussetzung durch Aufgabe zur Post möglich. Die Bestellung eines innerhalb des betreffenden Amtsgerichtsbezirks wohnenden Zustellungsbevollmächtigten schließt die Zustellung durch Aufgabe zur Post aus. Wegen Zustellung durch Aufgabe zur Post s. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 161.

§ 222.

Hört in Folge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Thätigkeit des Gerichts auf, so wird für die Dauer dieses Zustandes das Verfahren unterbrochen.

Mot. S. 174—176. KPr. S. 76, 536.

1. Das Aufhören der Thätigkeit des Gerichts (iustitium) bewirkt ipso facto die Unterbrechung. Nach Beendigung des iustitium tritt von selbst das Ende der Unterbrechung ein; die Notfristen beginnen zu laufen, ohne daß es einer Wiederaufnahmeerklärung oder Anzeige bedürfte. In der Regel wird ein Akt der Staats- oder Militärgewalt den Eintritt und das Ende des Gerichtsstillstands konstatieren. — Außer dem Kriege können Epidemien und allgemeine Überschwemmungen einen Gerichtsstillstand bewirken. Vgl. a. § 31 Nr. 1.

2. Nach Beendigung des Gerichtsstillstands kann jede Partei den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden, wenn noch Verhandlung nötig ist. Von Amtswegen wird nicht Termin angesetzt.

§ 223.

Fand in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters (§§ 217, 219) eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein; das Prozeßgericht hat jedoch auf Antrag des Bevollmächtigten, im Falle des Todes auch auf Antrag des Gegners, die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen.

Die Dauer der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens richtet sich nach den Vorschriften der §§ 217, 219, 220; im Falle des Todes ist der die Ladung enthaltende Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten zuzustellen.

Mot. S. 174—177. KPr. S. 76, 536.

1. Die Motive bemerken: „Während in den Fällen der §§ 217, 219 die Partei dem Gegner unvertreten und unverteidigt gegenüberstehen würde, falls keine Unterbrechung des Verfahrens einträte, läßt sich dies nicht sagen, wenn ein Prozeßbevollmächtigter bestellt war. Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben (§ 82); der Bevollmächtigte bleibt zur Fortführung des Rechtsstreits berechtigt und

verpflichtet. Gleichwohl bleibt die Veränderung, welche in der Person einer Partei durch Tod 2c. eintritt, ein folgenreiches Ereignis, selbst wenn nicht Handlungen in Frage stehen, die nur persönlich von dem Vollmachtgeber ausgerichtet werden können. Wie einerseits die Vorschrift des § 82 nicht soweit gehen kann, den Bevollmächtigten ein für allemal zur Fortführung des Prozesses für verbunden zu erklären und ihm die Befugnis zur Kündigung des Mandats zu entziehen, so muß dem Bevollmächtigten auch die Möglichkeit gewahrt bleiben, den Prozeß nicht eher fortzusetzen, als bis er eine neue Vollmacht und die nötige Instruktion von den ihm zur Zeit vielleicht noch nicht einmal bekannten Rechtsnachfolgern seines Mandanten erhalten hat (hannov. Prot. IV S. 1216 ff., nordd. Prot. I S. 423). Ohne eine Unterbrechung ipso facto zu statuieren, hat das Gesetz deshalb die anzuordnende Aussetzung des Verfahrens auf den Antrag des Bevollmächtigten gestellt. Das Gericht ist verpflichtet, demselben stattzugeben."

Wegen des Begriffs „Prozeßbevollmächtigter" s. Bem. Nr. 2 vor § 74. Auch der nach § 85 zur Prozeßführung einstweilen Zugelassene ist Prozeßbevollmächtigter im Sinne des § 223; nicht dagegen der zu einzelnen Prozeßhandlungen nach § 79 Abs. 2 Bevollmächtigte. — Eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten findet nicht mehr statt, wenn der Prozeßbevollmächtigte seine Prozeßfähigkeit oder in Anwaltsprozessen seine Eigenschaft als bei dem Prozeßgericht zugelassener Anwalt zur Zeit des Todes der Partei 2c. 2c. bereits verloren hatte; desgleichen, wenn im Parteiprozeß die Kündigung der Vollmacht dem Gegner angezeigt ist; anders im Anwaltsprozeß (§ 83).

Auf die Unterbrechung des Verfahrens durch Konkurseröffnung ist das Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten ohne Einfluß.

2. Stirbt eine Partei, für welche ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist, so hat auch der Gegner ein Recht, die Aussetzung zu verlangen. Wegen des Todes des gesetzlichen Vertreters kann bei Vorhandensein eines Bevollmächtigten die Aussetzung vom Gegner nicht beansprucht werden [RG. 30. April 1884 Entsch. XIV Nr. 122 S. 436].

3. Die Aussetzung dauert solange fort, bis sie nach §§ 217, 219 oder 220 beendet wird. Bei der Aufnahme des Prozesses durch einen Bevollmächtigten der Rechtsnachfolger (§ 217 Abs. 1) oder des gesetzlichen Vertreters der prozeßunfähig gewordenen Partei bzw. des neuen gesetzlichen Vertreters der Partei (§ 219) ist nach § 82 Vollmacht seitens des Nachfolgers beizubringen, jedoch im Anwaltsprozesse nach § 84 nur auf Verlangen des Gegners. — Im Falle des Verfahrens nach § 217 Abs. 2 ist die Ladung den Rechtsnachfolgern selbst und dem Bevollmächtigten des Verstorbenen zuzustellen. Dem betreibenden Teil ist überlassen, welche Personen er behufs der Reassumtion als Rechtsnachfolger laden will (Nordd. Prot. I S. 423). In Anwaltsprozessen muß die Ladung der Partei dem Erfordernis des § 192 genügen.

4. Ist bei dem Tode der Partei, dem Verluste der Prozeßfähigkeit oder dem Wegfall des gesetzlichen Vertreters ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden gewesen, später aber durch Tod, Verlust der Prozeßfähigkeit oder im Anwaltsprozeß durch Verlust der Anwaltseigenschaft weggefallen, so tritt nachträglich Unterbrechung nach §§ 217 oder 219 ein, sofern nicht die Aussetzung bereits früher angeordnet und zugestellt bezw. verkündet war.

§ 224.

Befindet sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste oder hält sich eine Partei an einem Orte auf, welcher durch obrigkeitliche Anordnung oder durch Krieg oder durch andere Zufälle von dem Verkehre mit dem Prozeßgerichte abgeschnitten ist, so kann dasselbe auch von Amtswegen die Aussetzung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnen.

Mot. S. 174—176, 178. KPr. S. 76, 536.

1. § 224 betrifft die Fälle, in welchen eine Partei durch äußere Zufälle an der Prozeßführung gehindert ist. Der Hauptfall ist der, daß sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste befindet. Gleichgestellt sind die Fälle, in welchen sich eine Partei an einem Orte aufhält, welcher durch obrigkeitliche Anordnung (z. B. durch Absperrung zur Verhütung der Einschleppung oder Verbreitung von Seuchen) oder durch Krieg (hierher gehört auch Belagerung) oder durch andere Zufälle (z. B. Überschwemmung) von dem Verkehre mit dem Prozeßgerichte dauernd abgeschnitten ist. In diesen Fällen ist dem Gerichte die Befugnis eingeräumt, auf Antrag einer Partei sowie auch von Amtswegen die Aussetzung zu beschließen. Wegen Verkündung und Zustellung des Beschlusses s. § 294. Wegen des Beginnes der Wirkung des Aussetzungsbeschlusses s. Bem. Nr. 3 zu § 225. Die Aussetzung endigt nicht mit der Beseitigung des Hindernisses, sondern durch einen die Aussetzung aufhebenden Beschluß. Über diesen Beschluß vgl. Bem. Nr. 4 zu § 141.

2. Das Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten schließt die Aussetzung nicht aus. Ist ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden, so wird die Aussetzung nicht wohl angezeigt sein, es wäre denn das persönliche Erscheinen der Partei (wie z. B. zur Eidesleistung) nötig.

§ 225.

Das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens ist bei dem Prozeßgerichte anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Mot. S. 174—176. KPr. S. 76, 536.

1. Das Gesuch [vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 229 ff.] kann mündlich in mündlicher Verhandlung, es kann schriftlich, es kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. Für das Gesuch besteht kein Anwaltszwang.

2. Ist das Urteil verkündet, aber noch nicht zugestellt, so ist das Gesuch bei dem Gericht anzubringen, welches das Urteil erlassen hat. Vgl. Bem. Nr. 4 zu 217.

3. Über das Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Die Wirkung des Aussetzungsbeschlusses beginnt mit der Verkündung (§ 283), wenn solche nicht stattfand, mit der Zustellung. Wegen Anfechtung s. § 229.

§ 226.

Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hat die Wirkung, daß der Lauf einer jeden Frist aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von neuem zu laufen beginnt.

Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung der auf Grund dieser Verhandlung zu erlassenden Entscheidung nicht gehindert.

Mot. S. 174—176, 178, 179. KPr. S. 76, 536.

1. Die Wirkungen von Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens sind gleiche (s. jedoch Bem. Nr. 2). a) Der Lauf aller Fristen, auch der Notfristen, hört vom Momente der Unterbrechung und Aussetzung auf. Für die uneigentlichen Fristen (s. Bem. Nr. 4 Ziff. II und III vor § 191, S. 237 f.) sowie für die Jahresfristen (s. Bem. Nr. 4 vor § 191, S. 236 ist dies bedeutungslos. b) Nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung beginnt die volle Frist von neuem zu laufen. Wann das Ende der Unterbrechung oder Aus-

setzung eintritt, ist zu den einzelnen Fällen bemerkt. c) Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache (im Gegensatz zu den die Aufnahme oder die Zurücknahme des Aussetzungsbeschlusses bezielenden Handlungen) vorgenommenen Prozeßhandlungen einschließlich der auf solche Prozeßhandlungen ergehenden Entscheidungen sind der andern Partei gegenüber ungültig. Die Ungültigkeit ist nicht von Amtswegen zu beachten. Der Gegner kann nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung darauf verzichten, den in der Vornahme von Prozeßhandlungen nach der Unterbrechung oder Aussetzung gelegenen Verstoß gegen das Prozeßgesetz zu rügen und das Rügerecht wird nach § 267 bei nicht rechtzeitiger Geltendmachung präkludiert. So kann die Ungültigkeit geheilt werden. [So auch RG. 26. Mai 1883 Entsch. X Nr. 19 S. 69; vgl. jedoch a. Entsch. X S. 124 S. 401 f.]

Die Wirkung der Aussetzung beschränkt sich auf die Instanz, in welcher die Aussetzung angeordnet wurde [vgl. RG. 2. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 86 S. 355].

2. Zu Abs. 3: Wegen des Schlusses der mündlichen Verhandlung vgl. § 127 Bem. Nr. 1. — In Abs. 3 des § 226 ist nur von Unterbrechung die Rede. Die nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung beschlossene Aussetzung hindert die Verkündung der Entscheidung.

3. Die in § 226 bezeichneten Folgen treten sowohl ein bei Unterbrechung und Aussetzung nach den Vorschriften dieses Titels als auch bei Aussetzung auf Grund der §§ 62, 139, 140, 580, ferner bei Unterbrechung nach § 13 des Anfecht.-Ges. v. 21. Juli 1879 und bei Unterbrechung oder Aussetzung in Gemäßheit der in EG. § 15 Nr. 1 vorbehaltenen Landesgesetze (nach Preuß. Ges. v. 1. August 1879 tritt Unterbrechung durch Erhebung des Kompetenzkonflikts ein). Über das Ende der Aussetzungen nach §§ 62, 139, 140, 580 vgl. Bem. Nr. 4 zu § 141. Das Ende der wegen Kompetenzkonflikts eingetretenen Unterbrechung oder Aussetzung ist nach Landesrecht zu beurteilen.

§ 227.

Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens und die in diesem Titel erwähnten Anzeigen erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Mot. S. 174—176, 179. KPr. S. 76, 536.

1. Für den Schriftsatz gelten die Vorschriften des § 121. In Anwaltsprozessen muß derselbe also die Unterschrift des Anwalts tragen. Für den Parteiprozeß vgl. §§ 458, 459, 462. — Mit der Anzeige kann ein anderer Schriftsatz verbunden werden (vgl. die in Bem. Nr. 3 zu § 221 cit. Urt. d. RG.)

2. Geschieht die Aufnahme des unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens in der mündlichen Verhandlung, so ist die Zustellung eines Schriftsatzes entbehrlich (Mot. S. 179).

§ 228.

Die Parteien können vereinbaren, daß das Verfahren ruhen solle. Die Vereinbarung hat auf den Lauf der Notfristen keinen Einfluß.

Erscheinen in einem Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht, so ruht das Verfahren, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen läßt.

Mot. S. 174—176, 179, 180. KPr. S. 76, 536.

1. Die Vereinbarung, daß das Verfahren ruhen solle, bedarf keiner Form; sie unterliegt nicht landesrechtlichen Vorschriften über die Form von Verträgen. Sie kann auch aus

konkludenten Handlungen hervorgehen. Prozeßbevollmächtigte können die Vereinbarung abschließen. Die Vereinbarung kann auf bestimmte Zeit oder auf Kündigung geschlossen werden. Vereinbarung auf unbestimmte Zeit ist gleich der Vereinbarung bis auf Kündigung ohne Kündigungsfrist. Zur Gültigkeit der Vereinbarung ist Anzeige an das Gericht nicht erforderlich; wohl aber muß dem Gericht die Vereinbarung mitgeteilt werden, damit es seine Thätigkeit einstelle.

2. Ist vereinbart, daß das Verfahren ruhen solle, so ist die der Vereinbarung zuwider vorgenommene Prozeßhandlung einer Partei (z. B. die Zustellung eines Urteils, die Ladung) gleichwohl gültig. Denn im Gesetz ist nicht, wie für den Fall der Unterbrechung und Aussetzung, die Ungültigkeit ausgesprochen, und aus der Zulässigkeit der Vereinbarung folgt die Ungültigkeit der Prozeßhandlungen keineswegs. [Vgl. Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 88. AM. Gaupp I S. 564, A. Förster N. 4c, Planck I S. 521 f.] Die prozeßrechtliche Wirkung der Vereinbarung besteht vielmehr darin, daß jede Partei durch den Nachweis der Vereinbarung die Verschiebung der richterlichen Thätigkeit bis nach Ablauf der vereinbarten Zeit erlangen kann. Will eine Partei die andere vor Ablauf dieser Zeit laden, so darf der Vorsitzende die Terminsbestimmung nicht wegen der Vereinbarung verweigern — dies schon deswegen nicht, weil er, auch wenn ihm die Vereinbarung angezeigt war, nie wissen kann, ob sie nicht aufgehoben ist. Wird die Ladung vollzogen, so kann der Geladene sie nicht ignorieren; erscheint er nicht, so riskiert er, daß gegen ihn Versäumnisurteil erlassen wird; das Gericht kann das Vers.Urteil nicht wegen der Vereinbarung versagen, weil die Ladung gültig und die Vereinbarung kein von Amtswegen zu berücksichtigender Umstand ist. Einspruch kann der Kontumazierte allerdings erheben, auch im besonderen Prozeß auf Schadensersatz klagen, weil der Gegner der Vereinbarung zuwider gehandelt hat. Aber das Vers.Urteil ist an und für sich gültig und kann bei Unzulässigkeit des Einspruchs nicht aus dem Grunde, weil keine Versäumung vorlag, angefochten werden. Der Geladene kann aber auf Grund des Nachweises der Vereinbarung vor dem Termine die Verlegung des Termins, im Termine die Vertagung auf die Zeit nach Ablauf der vereinbarten Ruhezeit verlangen.

Nach Umständen kann mit Vereinbarung der Prozeßruhe ein Stundungsvertrag verbunden sein. Dessen Erfordernisse, insbesondere auch hinsichtlich der Form, und dessen Wirkungen sind nach materiellem Recht zu beurteilen. Liegt ein Stundungsvertrag vor, so kann der Beklagte die Abweisung der Klage „zur Zeit“ verlangen, falls der Kläger während der Stundung die Verurteilung beantragt.

3. Die Vereinbarung, daß das Verfahren ruhen solle, hat zur Folge, daß der Lauf der gesetzlichen und richterlichen Fristen aufhört. Daß nach Beendigung des vereinbarten Stillstandes die volle Frist von neuem beginne, ist nicht gesagt, wird aber nach Analogie des § 226 anzunehmen sein, soweit nicht anderes vereinbart ist. Auf den Lauf der Notfristen (Verzeichnis s. Bem. Nr. 4 I h vor § 191 S. 235) hat die Vereinbarung keinen Einfluß. Auf die Restitutionsfrist (§ 212) dürfte dies wegen Abs. 2 des § 212 auszudehnen sein, obwohl sie nicht als Notfrist bezeichnet ist [AM. Planck I S. 522 N. 36]. Daraus, daß auf diese Fristen Vereinbarung der Parteien keinen Einfluß hat, folgt, daß Prozeßhandlungen zur Wahrung dieser Fristen während der vereinbarten Prozeßruhe vorgenommen werden können. Es kann also z. B. die Berufungsschrift rechtsgültig zugestellt werden; der Termin, zu welchem darin geladen wird, muß aber auf Antrag verlegt oder es muß die Verhandlung vertagt werden, wenn der Termin noch in die Zeit der vereinbarten Prozeßruhe fällt.

4. Die vereinbarte Prozeßruhe endigt mit Ablauf der vereinbarten Frist und, wenn keine bestimmte Frist vereinbart, mit der Aufkündigung. Solche liegt natürlich in der Ladung des Gegners.

5. Das Ausbleiben beider Parteien an einem Termin zur mündlichen Verhandlung (Gegensatz: Termin zur Urteilsverkündung oder zur Beweisaufnahme), welchem nach § 298 das Nichtverhandeln gleichsteht, bewirkt Ruhe des Verfahrens. Von einer fingierten oder präsumierten Vereinbarung im Falle des Nichterscheinens zu reden, leitet irre. Das Verfahren ruht auch, wenn beide Parteien gegen ihre Absicht den Termin versäumt haben.

Ruhe des Verfahrens tritt ein, wenn beide Parteien beim Aufruf der Sache nicht erschienen sind und der Termin durch Aufruf einer anderen Sache oder durch Schluß der Sitzung zu Ende ist. Erscheint eine Partei, nachdem das Verfahren zu ruhen begonnen hatte, so kann sie Versäumnisurteil gegen den Gegner nicht mehr erwirken. Finden sich nachträglich beide Parteien ein und sind beide zur Verhandlung bereit, so muß das Amtsgericht, können die höheren Gerichte verhandeln lassen [vgl. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXVI S. 263 f.].

6. Das dem französischen Rechte eigentümliche, auf einem Mißverständnisse des römischen Rechts (l. 13 C. de iudic. 3, 1; s. Buchka d. L. v. Einfluß des Prozesses auf das mat. Rechtsverhältnis II S. 52, Wetzell Syst. § 71 N. 2) beruhende Institut des Erlöschens des Verfahrens (péremption d'instance, s. code de proc. art. 397 ss.) ist in das Gesetz nicht aufgenommen; daher, wo es früher bestand, aufgehoben (Mot. S. 180).

§ 229.

Gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 174—176, 180. KPr. S. 76, 77, 536.

1. „Auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen" vgl. Bem. Nr. 1 Ziff. III vor § 217. Wenn auf Grund der in EG. § 15 Nr. 1 vorbehaltenen Landesgesetze eine Aussetzung verfügt wird, so ist Beschwerde nach § 229 zulässig.

2. Auch gegen Aussetzung von Amtswegen (§ 224) findet sofortige Beschwerde statt.

3. Auf Entscheidungen, durch welche ein Verfahren für unterbrochen erklärt oder ein Antrag auf solche Erklärung abgelehnt wird, ferner auf Entscheidungen, durch welche die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens zugelassen oder abgelehnt wird, findet § 229 entsprechende Anwendung [RG. 28. Okt. 1885 Entsch. XVI Nr. 79 S. 340, 24. Juni 1886 XVI Nr. 88 S. 358 ff.]

Zweites Buch.

Verfahren in erster Instanz.

Die Motive bemerken: „Das zweite Buch stellt das Verfahren in erster Instanz dar; es besteht aus zwei Abschnitten, von denen der erste das Verfahren vor den Landgerichten, der zweite das Verfahren vor den Amtsgerichten betrifft. Das erstinstanzliche Verfahren vor den Landgerichten ist ausführlich und erschöpfend behandelt, so daß die Vorschriften über das Verfahren vor den Amtsgerichten nur die Abweichungen und Besonderheiten enthalten, welche für das Verfahren bei diesen Gerichten bestehen."

Über Abweichungen und Besonderheiten des Verfahrens vor den Kammern für Handelssachen vgl. GVG. §§ 102—108, 118.

Erster Abschnitt.

Verfahren vor den Landgerichten.

Die Motive bemerken: „Die systematische Anordnung der Vorschriften des ersten Abschnitts beruht auf der Erwägung, daß 1) das Verfahren durch das Gebot der Verbindung der Beweise mit den Behauptungen beherrscht wird, daß 2) der Beweisbeschluß die Bedeutung einer prozeßleitenden Verfügung hat, daß 3) die Beweisaufnahme einen Teil des Verfahrens bildet, daß folglich 4) das mit der Erhebung der Klage beginnende Verfahren erst durch das Endurteil geschlossen wird.

Der erste Titel regelt das Verfahren bis zum Urteil, der zweite Titel beschäftigt sich mit dem Urteil, während der dritte Titel das Versäumnisverfahren, das Versäumnisurteil und den Einspruch behandelt.

Die Vorschriften des ersten Titels gewähren ein klares und übersichtliches Bild über den Gang des Verfahrens von der Erhebung der Klage ab bis zum Urteil, indem sie dem regelmäßigen Laufe des Verfahrens folgen und zugleich alle Besonderheiten und alle die Beweisaufnahme bezielenden Vorschriften umfassen. Um indeß die Übersichtlichkeit nicht zu gefährden, sind verschiedene Vorschriften, welche an sich Bestandteile des ersten Titels sind, in besonderen Titeln (4—12) zusammengestellt, so daß im ersten Titel an den entsprechenden Stellen (§§ 250, 257) auf diese Vorschriften verwiesen werden konnte."

Von den zu besonderen Titeln zusammengestellten Vorschriften, welche an sich Bestandteile des ersten Abschnitts sind, behandeln die des 4. Titels das außerordentliche vorbereitende Verfahren, alle anderen betreffen den Beweis. Titel 5 enthält die allgemeinen Vorschriften über Beweisaufnahme; Titel 6—11 behandeln die einzelnen Beweismittel; Titel 12 betrifft die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis.

Erster Titel.

Verfahren bis zum Urteil.

§ 230.

Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Derselbe muß enthalten:

1) die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;
2) die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag;
3) die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits.

In der Klageschrift soll ferner der Wert des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werte abhängt.

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Klageschrift Anwendung.

Mot. S. 22, 38, 181, 182. KPr. S. 77, 78, 537.

1. Die Erhebung der Klage ist der Akt, mit welchem der Prozeß beginnt. Die Anfertigung der Klageschrift ist Vorbereitungshandlung. Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, der Klageschrift, an den Gegner. Wegen des amtsgerichtlichen Verfahrens s. § 458. Wegen Klagerhebung in der mündlichen Verhandlung s. §§ 254, 461, 471.

Die Zustellung der Klageschrift hat nach §§ 152 ff. zu geschehen. Ist bei der Zustellung gegen die Vorschriften der PrO. über die Zustellungen verstoßen, so ist die Zustellung und, weil Zustellung zur Klagerhebung gehört, die Klagerhebung selbst nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze ungültig. Wird die Ungültigkeit der Zustellung durch Verzicht oder Präklusion des Rügerechts (§ 267) gehoben, so ist auch die darauf beruhende Ungültigkeit der Klagerhebung geheilt; in diesem Fall sind die Wirkungen der Klagerhebung nach dem Zeitpunkt der Zustellung zu bemessen. Wird die Ungültigkeit nicht gehoben, so kann nicht zur Sache, sondern nur auf absolutio ab instantia erkannt werden.

Ungültig ist die Klagezustellung an den Kläger als den gesetzlichen Vertreter des Beklagten (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 50).

2. Die Klageschrift hat teils einen bestimmenden teils einen vorbereitenden Charakter (Mot. S. 464). Sie bestimmt den Gegenstand des Rechtsstreits. Ihr Inhalt ist insbesondere für die Frage, welcher Anspruch durch die Klage rechtshängig geworden ist und ob eine Änderung der Klage vorliegt, bedeutsam. In § 230 Abs. 2 sind die mit Rücksicht auf den bestimmenden Charakter der Klageschrift wesentlichen Bestandteile derselben zusammengestellt. Daran reiht sich die instruktionelle Vorschrift des Abs. 3. In Abs. 4 ist sodann auf die allgemeinen Bestimmungen über vorbereitende Schriftsätze verwiesen.

3. Wesentliche Bestandteile der Klageschrift sind:

I. Die Bezeichnung der Parteien nach Name, Stand und Wohnort. Ausnahmsweise kann noch weitere Angabe notwendig sein, wenn mehrere Personen gleichen Namens und Standes an demselben Ort existieren (Nordd. Pr. II S. 529). Wird die Klage von einem gesetzlichen Vertreter erhoben, so ist Name, Stand und Wohnort des gesetzlichen Vertreters und der Partei anzugeben.

II. Die Bezeichnung des Gerichts. Will der Kläger Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen, so hat er dies in der Klageschrift anzugeben. (GVG. § 102 Abs. 1).

III. Die bestimmte Angabe des Gegenstandes des erhobenen Anspruchs. Der Kläger muß angeben, was er vom Beklagten will. Handelt es sich um einen Anspruch in Bezug auf eine individuell bestimmte Sache, so ist diese so zu bezeichnen, daß Zweifel darüber, welche Sache gemeint sei, nach Möglichkeit ausgeschlossen sind. Bei Grundstücken dient hierzu die Angabe der Plan-, Kataster-, Grundbuchs- oder Hausnummer; eine andere Art der Bezeichnung ist aber nicht ausgeschlossen. Handelt es sich um einen Anspruch auf generisch bestimmte Sachen, so ist Qualität und Quantität in entsprechender Weise anzugeben.

IV. Die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs. Aus der Litteratur vor der CPrO.: Wetzell Syst. § 16 a. A., Sintenis Erläut. Nr. V S. 214 ff., Brackenhöft Ztschr. f. CR. u. Pr. XI S. 175 ff. und Erörterungen S. 407 ff., Reinhold Ztschr. f. CR. u. Pr. XXXIII S. 20 ff., Hinschius Arch. f. c. Pr. XLVII S. 101 ff. Litteratur seit der CPrO.: Wach Vortr. S. 15 ff., Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 422 ff., 425 ff., Lehrb. § 43 und Ztschr. f. d. CPr. IX S. 69 ff., Plosz Theorie des Klagerechts S. 26 ff., Dernburg Pr. PrR. I § 126, und Pand. I § 152, Eccius (Förster) Pr. PrR. I § 23 bei N. 19 (5. Aufl. S. 254 ff.), Petersen Ztschr. f. d. CPr. III S. 385 ff. und Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 657 ff., Hinschius Rechtslex. II S. 472, P. Alexander-Katz Schriftsätze und Anwaltszwang S. 17 ff., E. Fuchs Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 635 ff., Bolgiano Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIV S. 360 ff., Planck II § 53 N. 27, § 71 N. 7, Hellmann Lehrb. S. 384 ff., R. Schmidt die Klagänderung (1888) S. 147 ff., bes. S. 198. Vgl. a. Kleinschrod Klagänderung S. 24, Schultze Privatrecht und Prozeß I S. 9 ff., Birkmeyer Arch. f. c. Pr. LXVI S. 38, Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 34, Cosack Anfechtungsrecht S. 223 N. 5, Weismann Hauptintervention S. 157 N. 10, Schollmeyer die Kompensationseinrede S. 126.

Grund des erhobenen Anspruchs ist gleichbedeutend mit Klagegrund (§ 240). Darunter ist das Rechtsverhältnis zu verstehen, aus welchem der materiellrechtliche Anspruch des Klägers gegen den Beklagten hergeleitet wird. Die Angabe des Rechtsverhältnisses muß so beschaffen sein, daß daraus die Individualität des Rechtsverhältnisses zu erkennen ist. Dazu gehört nicht die Anführung der Thatsachen, welche nach materiellem Recht zur Entstehung des Rechtsverhältnisses und zur Begründung des Anspruchs führen (die sog. Substanzierung). Das Rechtsverhältnis ist das Resultat dieser Thatsachen, der Anspruch ist das Resultat des Rechtsverhältnisses. Die Individualisierung des Rechtsverhältnisses kann zweifellos durch die Angabe jener Thatsachen erfolgen; aber die Angabe jener Thatsachen ist nicht erforderlich zur Individualisierung des Rechtsverhältnisses. Diesem Erfordernis genügt vielmehr die Angabe des vom Kläger aus jenen Thatsachen gezogenen Resultates, während die Angabe der Thatsachen, die Geschichtserzählung, nur instruktionell durch § 121 Nr. 3 verlangt wird. Beispiele: Zur Begründung einer Eigentumsklage (sowohl in der Gestalt der vindicatio wie der actio confessoria) genügt prozessualisch die Behauptung des Eigentums und der Störung durch Vorenthaltung des Besitzes oder sonstigen Eingriff. Die Angabe der Thatsachen, aus welchen der Kläger sein Eigentum folgert, ist dazu nicht erforderlich. Zur Begründung der Servitutenklage genügt die Behauptung des speziellen Servitutenrechts, zur Begründung der Pfandklage die Behauptung des nach Umfang und Gegenstand zu bezeichnenden Pfandrechts; nicht wesentlich ist die Angabe der Thatsachen, aus welchen der Kläger sein Servitutenrecht bzw. Pfandrecht ableitet. Zur Klage aus einem Kaufvertrage genügt, daß Kläger in der Klage angiebt, aus dem und dem Kaufvertrage zu klagen, ohne daß die Thatsachen, aus denen er die Existenz des Vertrags folgert, angegeben werden. Zur Klage wegen einer Sachbeschä-

digung genügt die Angabe, daß der Beklagte schuldhaft die und die Sache des Klägers beschädigt habe; nicht wesentlich ist die Angabe der einzelnen das Verschulden begründenden Thatsachen und der einzelnen Thatmomente der Schädigung. Zur Begründung der Klage auf Alimentation wegen ehelicher Vaterschaft genügt die Behauptung der Vaterschaft, nicht notwendig ist die Angabe der Thatsachen, aus welcher sich die Vaterschaft ergiebt. Zur Begründung der hereditatis petitio genügt die Behauptung Erbe eines bestimmten Verstorbenen ex testamento oder ab intestato zu sein (die Angabe, ob die Erbschaft ex testamento oder ab intestato in Anspruch genommen werde, ist zur Individualisierung nötig) und die Behauptung der Vorenthaltung durch den Beklagten; die Angabe der Thatsachen, aus denen der Kläger sein Erbrecht herleitet, gehört nicht zum Klagegrund. — Der hier vertretenen Meinung über die Bedeutung des § 230 Nr. 2, für welche Wach, Fitting, Plosz, Eccius, Petersen, v. Sarwey, Hinschius, Alexander-Katz, Schultze, Birkmeyer, Nessel, Cosack, Fuchs, Bolgiano, R. Schmidt a. a. O. sich erklären und die auch das d. RG. in U. 22. Nov. 1882 Entsch. X Nr. 122 S. 395 (vgl. a. Entsch. VIII S. 91) zu vertreten scheint, steht die andere gegenüber, daß unter Klagegrund die Thatsachen zu verstehen seien, aus welchen das Rechtsverhältnis und der Anspruch hervorgeht, daß also die Anführung der einzelnen Thatsachen, aus welchen das Rechtsverhältnis und der Anspruch hervorgegangen ist, insbesondere bei dinglichen Klagen die Angabe des speziellen Erwerbsgrundes des dem Anspruch zu Grunde liegenden Sachenrechts, wesentliches Erfordernis der Klageschrift sei. Diese Ansicht hat eine Stütze in dem Mot. S. 182, wo es heißt: „Den Grund des erhobenen Anspruchs (§ 230 Nr. 2, § 630 Nr. 3) oder den Klagegrund (§ 230) bilden diejenigen Thatsachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen — die rechtsbegründenden Thatsachen.“ Sie wird vertreten von Struckm. Koch N. 4 zu § 230, Wilm. Levy N. 5 zu § 230, Puchelt II S. 5, Endemann II S. 8, Hellmann Komm. II S. 5 u. Lehrb. S. 384 ff., Gaupp II S. 5, v. Bülow N. zu § 230, Kleiner II S. 6, Dernburg, Kleinschrod, Weismann, Schollmeyer, Planck a. a. O., vom RG. in U. v. 4. Jan. 1884 Entsch. X Nr. 142 S. 434, 22. Febr. 1884 XI Nr. 50 S. 242, 15. Okt. 1885 SA. XLI Nr. 306, OLG. Celle SA. XXXVII Nr. 155, OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 144. Aus den im Streite der Meinungen vorgebrachten Gründen sind folgende zu erwähnen: a) In § 230 Nr. 2 ist nicht die in § 121 Nr. 3 gebrauchte Wendung „Angabe der zur Begründung dienenden thatsächlichen Verhältnisse“ sondern ein anderer Ausdruck, nämlich „Grund des erhobenen Anspruchs“ für die in der Klageschrift notwendigen Angaben gebraucht. Das läßt darauf schließen, daß mit letzterem Ausdruck etwas anderes, als die Angabe von Thatsachen gemeint ist. b) In § 240 Nr. 1 ist die Ergänzung und Berichtigung, also auch die Änderung der thatsächlichen Anführungen gestattet, die Änderung des Klagegrundes aber nicht. Es muß also der Klagegrund etwas von den thatsächlichen Anführungen verschiedenes sein. Das steht allerdings nur für § 241 fest. Aber die Verwendung dieses Resultats zur Auslegung des § 230 liegt nahe. c) In § 630 Nr. 3, § 632 wird die Angabe des „Grundes des Anspruchs“ für das Gesuch um den Zahlungsbefehl und für den Zahlungsbefehl gefordert. Die Mot. S. 381 bemerken: „Zur Begründung des . . . Gesuchs gehören die zur Begründung einer Klage notwendigen Angaben“, verweisen auf den dem § 230 entsprechenden § des Entw. und sagen dann, diese Angaben seien an sich schon so knapp bemessen, daß für das Gesuch um den Zahlungsbefehl nicht weniger gefordert werden könne. Gewiß wird für das Gesuch um den Zahlungsbefehl Substanzierung im oben angegebenen Sinn nicht gefordert. Der Rückschluß auf die Klage ist wieder kein zwingender; aber der § 630 stützt immerhin die vorgetragene Auslegung des § 230. c) Für die gegnerische Auslegung wird der § 574 ange-

rufen, wo Klagegrund die zur Begründung der Klage dienenden Thatsachen bezeichnen soll. Aber dieser § gestattet auch den Übergang von einer zu einer anderen Klage in Ehesachen z. B. von Scheidungs- zu Ungültigkeitsklage (vgl. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 574), so daß also Klagegrund in § 574 nicht bloß die thatsächliche Begründung derselben Klage bedeuten kann. e) Den § 137, in welchem von mehreren Klagegründen gesprochen wird, hat man für beide Ansichten zu verwerten gesucht [vgl. einerseits Petersen Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 670 andererseits Hellmann Lehrb. S. 386]. Der § 137 ist mit beiden Ansichten verträglich. f) Zur Unterstützung der oben vertretenen Auslegung hat man den § 296 herangezogen, wonach das Versäumnisurteil auf Grund des thatsächlichen mündlichen Vorbringens ergeht, indem man daraus folgerte, daß das thatsächliche Vorbringen nicht in die Klageschrift gehöre [so insbes. Plosz a. a. O. S. 124]; aber diese Beweisführung ist durch § 300 Nr. 3 zu elidieren. g) Gewichtiger ist das [neuerdings von R. Schmidt a. a. O. S. 171 ff. ausgeführte] Argument: weil nach § 293 die Rechtskraft sich nicht auf Thatsachen, sondern auf Rechtsverhältnisse und Ansprüche bezieht, so sind in der Klageschrift Rechtsverhältnisse und Ansprüche, nicht Thatsachen anzugeben. h) Am gewichtigsten aber erscheint die Erwägung, daß das gemeinrechtliche Gebot der thatsächlichen Substanzierung der Klageschrift das Produkt der auf die Spitze getriebenen Schriftlichkeit und der damit verbundenen Eventualmaxime war und daher für ein auf Mündlichkeit beruhendes Verfahren ohne Eventualmaxime nicht paßt. Auch das franz. Recht fordert nicht die Substanzierung im oben bezeichneten Sinne (vgl. code de proc. Art. 63 Nr. 3). — Speziell über die Begründung der Feststellungsklagen vgl. Th. Kayser Arch. f. c. Pr. LXX S. 462 ff. und R. Schmidt Klagänderung S. 199.

Für alle Klagen ist durch Abs. 4 des § 230 vgl. mit § 121 Nr. 3 die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse instruktionell vorgeschrieben.

Nicht erforderlich ist die Angabe der Rechtsnormen, aus welchen der Kläger das seinem Anspruch zu Grund liegende Rechtsverhältnis herleitet. Ebenso wenig ist die Bezeichnung der Klage mit ihrem juristischen Namen erforderlich.

V. Ein bestimmter Antrag, d. i. eine Sach- oder Urteilsbitte. Diese Bitte muß gesondert vom Klagegrund auftreten. Sie muß sich auf Haupt- und Nebensache erstrecken. Jedoch ist nicht nötig, daß dieselbe auch die Verurteilung zur Zahlung der Prozeßkosten verlangt (§ 279). Der Antrag muß so bestimmt sein, daß man aus demselben ersehen kann, welches Urteil, insbesondere auch, ob Feststellungs- oder kondemnatorisches Urteil [vgl. RG. 5. Mai 1883 Entsch. X Nr. 108 S. 355] begehrt wird, ohne daß jedoch gerade die Formulierung des begehrten Urteils erforderlich ist. Ein Antrag, den Beklagten zur Leistung einer „angemessenen" Entschädigung oder zur Zahlung „entsprechender" Unterhaltsbeiträge oder zur Zahlung der aus einer Abrechnung sich als Schuld ergebenden Summe zu verurteilen, wäre nicht genügend bestimmt. Vgl. Mot. S. 210, nordd. Entw. § 457, nordd. Prot. S. 684 ff. [So auch Struckm. Koch N. 6, Gaupp II S. 7, v. Kienitz Ztschr. f. d. CPr. X S. 235 ff., RG. 22. Juni 1885 Entsch. XIII Nr. 123 S. 437. AM. Wilm. Levy N. 6, Hellmann Komm. II S. 8 u. Lehrb. S. 362, Übel Ztschr. f. d. CPr. VI S. 157 ff., RG. 3. Oktober 1883 Entsch. X Nr. 47 S. 175, 5. Mai 1883 X Nr. 108 S. 353, 19. Dez. 1883 X Nr. 136 S. 413, 24. Okt. 1883 X Nr. 138 S. 422, 28. Okt. 1884 XII Nr. 114 S. 391, dazu Rocholl Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 305, 404.] Auch die [von Struckm. Koch, Wilm. Levy, Übel, Hellmann, Rocholl a. a. O. und vom RG. vertretene] Ansicht, daß es allgemein zulässig sei, zunächst auf Feststellung der Entschädigungspflicht zu klagen und die Liquidation des Betrags einer späteren Klage vorzubehalten, dürfte nicht richtig sein. Denn der § 231 bestimmt als Voraussetzung der Feststellungsklage, daß der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung habe, und das gilt auch für die Klage auf

Feststellung einer Entschädigungspflicht. Nun kann ja unter Umständen ein solches Interesse an alsbaldiger Feststellung vorliegen, und dies wird stets zutreffen, wenn der sofortigen Schadensliquidation Hindernisse im Wege stehen (z. B. weil der Schaden noch nicht ganz zu übersehen ist). Aber die Klage auf Feststellung einer Entschädigungspflicht vorbehaltlich der Liquidation des Schadens ist nicht zulässig, ohne daß ein solches Interesse dargethan ist. — Der Kläger kann einen primären Antrag und für den Fall, daß dieser nicht durchdringt, einen eventuellen Antrag stellen. Genügend bestimmt ist auch der Antrag auf Verurteilung des Beklagten zu einer alternativen Leistung nach dessen Wahl oder auch nach Wahl des Klägers. Der Kläger muß sein Wahlrecht bei der Klagestellung noch nicht ausüben, er kann dasselbe vorbehalten. [Wächter Erörter. III S. 117, Windscheid Pand. II § 255 N. 10, Pescatore die alternative Obligation S. 196 u. 255]. Dies gilt nicht bloß für Feststellungs-, sondern auch für Leistungsklagen.

VI. Die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung. Wegen des Begriffs „Ladung" s. Bem. Nr. 1 zu § 191. Die Ladung ist in den Schriftsatz aufzunehmen.

VII. In Anwaltsprozessen die Aufforderung des Beklagten zur Anwaltsbestellung (arg. § 192).

VIII. Die Unterschrift der Partei oder ihres Bevollmächtigten, in Anwaltsprozessen also die Unterschrift des Anwalts; arg. § 121 Nr. 6 (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 121 u. 2 zu § 74).

Über weitere Erfordernisse der Klage im Urkunden- und Wechselprozeß s. §§ 556, 567.

4. Ein Schriftsatz, welcher die wesentlichen Bestandteile der Klageschrift nicht enthält, ist keine Klageschrift. Wird der Mangel nicht nachträglich gehoben (darüber s. Bem. Nr. 5), so ist bloß formale Rechtshängigkeit eingetreten (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 235). Es kann kein Urteil zur Sache erlassen, sondern nur auf Zurückweisung der Klage in der angebrachten Art (absolutio ab instantia) erkannt werden. Daß der Vorsitzende nicht befugt ist, die Terminsbestimmung zu versagen, weil das ihm zur Terminsbestimmung vorgelegte Schriftstück den wesentlichen Erfordernissen einer Klageschrift nicht entspricht, darüber s. Bem. Nr. 2 zu § 193.

5. Über nachträgliche Ergänzung der Klageschrift: a) Entspricht die Klageschrift nicht den gesetzlichen Erfordernissen, so kann der Kläger nicht dadurch, daß er in einem weiteren, dem Beklagten vor dem Termine zugestellten Schriftsatze das Fehlende nachholt, die Ungültigkeit der Klagerhebung beseitigen. Das Gesetz kennt nur eine einheitliche Klageschrift, keine Mehrheit von successiv zugestellten Schriftsätzen, aus denen sich die Klageschrift zusammensetzen könnte. [So auch Wilm. Levy N. 2 zu § 230, Gaupp II S. 3; vgl. a. Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 510. AM. Struckm. Koch N. 8 zu § 230, Petersen S. 381.] Eine Ausnahme dürfte bezüglich der Aufforderung zur Anwaltsbestellung zu machen sein. Denn diese Aufforderung steht, obwohl sie wesentlicher Bestandteil der Klageschrift in dem Sinne ist, daß ohne dieselbe Versäumnisurteil gegen den Beklagten nicht erlangt werden kann, doch mit dem übrigen Inhalt der Klageschrift nur in einem äußerlichen Zusammenhang. Sie nimmt nicht Teil an dem den Gegenstand des Rechtsstreits bestimmenden Charakter der Klageschrift, wie schon daraus hervorgeht, daß sie wegfällt, wenn die Klage einem Rechtsanwalt zugestellt wird. Die Nachholung der Aufforderung in besonderer Schrift wird daher dem Kläger zu gestatten sein. Erfolgte sie so zeitig, daß die Einlassungsfrist nicht geschmälert wird, so kann auch Versäumnisurteil gegen den säumigen Beklagten erlassen werden. [Vgl. Nordd. Prot. S. 530, Gaupp II S. 3, Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 35.] Wird die wegen mangelhafter Klageschrift ungültige Klagerhebung nicht schon durch Nachholung des Fehlenden in einem späteren Schriftsatz gültig, so kann doch die Ungültigkeit, welche ihren Grund darin

hat, daß erst die mehreren Schriftsätze den gesetzlichen Inhalt einer Klageschrift herstellen, nach § 267 geheilt werden; denn es ist eine nur die Form einer Prozeßhandlung betreffende Vorschrift verletzt. Die vollen Wirkungen der Rechtshängigkeit treten übrigens im Falle der Heilung erst mit der Zustellung des ergänzenden Schriftsatzes ein. Natürlich kann der Kläger, nachdem er eine mangelhafte Klageschrift zugestellt hat, einen neuen, allen Erfordernissen einer Klageschrift entsprechenden Schriftsatz, in dessen Ladung die Terminsbestimmung einzusetzen ist, vor dem Termin zustellen lassen. Das ist neue Klagerhebung. Mit dieser beginnen erst die vollen Wirkungen der Rechtshängigkeit. b) Im Verhandlungstermin, in welchem der Beklagte nicht erschienen ist, kann der Kläger keinesfalls Mängel der Klageschrift durch mündlichen Vortrag ergänzen. Ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten kann er nicht erlangen, weil keine ordnungsmäßige Klagerhebung vorliegt (§ 300). Wohl aber kann der Kläger, wenn der Beklagte erschienen ist, versuchen, im mündlichen Vortrag die Lücken der Klageschrift auszufüllen. Darauf muß sich zwar der erschienene Beklagte nicht einlassen. Aber er kann es thun, und wenn er sich eingelassen hat, so kann er hinterher nicht mehr verlangen, daß die Klage wegen Unvollständigkeit der Klageschrift zurückgewiesen werde (§ 267). Die vollen Wirkungen der Rechtshängigkeit treten in diesem Falle erst mit dem Vortrage der Klage in der mündlichen Verhandlung ein (§ 254). Daß diese Art von Klagerhebung im Verfahren vor den Amtsgerichten möglich ist, ist im Hinblick auf § 461 ohne Bedenken. Nicht zweifellos ist die Sache im Verfahren vor den Landgerichten, weil hier eine dem § 461 entsprechende Zulassung von Klage ohne Schriftsatz fehlt. Aber Widerklage wird auch ohne Schriftsatz durch mündlichen Vortrag erhoben, und die mit Zustimmung des Beklagten stets zulässige Klagänderung kann auch zur Erhebung der Klage durch mündlichen Vortrag führen. Daraus dürfte folgen, daß die Erhebung der Klage durch Zustellung einer Klageschrift auch im landgerichtlichen Prozesse nicht etwas im Interesse der öffentlichen Ordnung gebotenes ist. [So auch Struckm. Koch N. 8, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 3, Petersen S. 381, Hellmann Komm. II S. 9 u. Lehrb. S. 419, Stein Urk.Proz. S. 159, R. Schmidt Klagänderung S. 145 N. 1. AM. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 276 N. 29, Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 179, Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 31 ff.] Anders als ein Mangel der in § 230 Nr. 1—3 aufgestellten Erfordernisse ist auch hier das Fehlen der Aufforderung zur Anwaltsbestellung zu behandeln. Der durch Anwalt erschienene Beklagte kann nicht wegen dieses Mangels die Abweisung der Klage begehren.

6. Instruktionell (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 121) ist für die Klageschrift angeordnet die Angabe des Wertes des Streitgegenstandes, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werte abhängt (s. Bem. Nr. 1 zu § 2); ferner die Beobachtung der in den §§ 121, 122 enthaltenen Bestimmungen über vorbereitende Schriftsätze. Wegen der Folgen der Nichtbeachtung der Anweisungen der §§ 121, 122 s. Bem. Nr. 1 zu § 121 und Bem. Nr. 2 zu § 122.

§ 231.

Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

Mot. S. 182—185. KPr. S. 78, 537.

1. Litteratur: Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2. Aufl. 1867) S. 315 ff. und Urteile des Reichsgerichts (1883) S. 143 ff., Degenkolb Einlassungszwang

und Urteilsnorm (1887) S. 129 ff., J. Weismann die Feststellungsklage (1879), darüber Kohler Kr. VJSchr XXII S. 379 ff., Weismann Hauptintervention (1884) S. 78 N. 10, S. 85 N. 6, A. Plosz Beitr. z. Theorie des Klagerechts (1880) S. 159 ff., Schultze Konkursrecht (1880) S. 56 f., 142 ff., Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 182 ff., Mandry der civilrechtl. Inhalt rc. (3. Aufl.) § 27 III., Westerburg Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 453, W. Kroll Klage und Einrede S. 54 ff., Rocholl Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 329 ff. (mit unwesentlichen Aenderungen auch in Rechtsf. a. d. Pr. d. RG. II S. 101 ff.), Wendt Arch. f. c. Pr. LXX S. 1 ff., Sprenger Mag. f. DR. VII S. 76 ff.; vgl. a. L. Seuffert Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XII S. 638 ff. Speziell über Feststellungsklagen im Erfinderrecht Kohler Arch. f. H. u. WR. XLVII S. 335 ff., vgl. a. Kohler Recht des Markenschutzes S. 329 f.

2. In § 231 ist zu unterscheiden:

I. die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses;

II. die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses;

III. die Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde;

IV. die Klage auf Feststellung der Unechtheit einer Urkunde.

Diesen vier Klagen ist gemeinsam, daß sie zu einem Feststellungsurteil führen, wenn die Voraussetzungen der Klagen gegeben sind. Über den Unterschied zwischen Feststellungs- und kondemnatorischem Urteil s. u. Bem. Nr. 10.

3. Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses. (Positive Feststellungsklage.)

a) Rechtsverhältnis ist die aus einem Thatbestand hervorgehende Rechtsfolge (vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. IV zu § 230). — An bestimmte Thatbestandsmomente knüpft das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen. Die Gesamtheit der geforderten Thatbestandsmomente ist die Vorbedingung einer konkreten Rechtsfolge. Letztere heißt man das „Rechtsverhältnis". Aus den Rechtsverhältnissen resultieren die Ansprüche auf Leisten, Thun, Unterlassen (tautologisch: „kondemnatorische Ansprüche"). Das Rechtsverhältnis ist das Mittelgied zwischen Thatbestand und Anspruch. Der Anspruch setzt ein Rechtsverhältnis voraus; aber nicht jedes Rechtsverhälnis erzeugt einen gegenwärtigen Anspruch. Während mit dem Anspruch regelmäßig ein Klagerecht verbunden ist, giebt das Gesetz nur unter besonderen Umständen eine Klage auf Feststellung von Rechtsverhältnissen durch ein der materiellen Rechtskraft fähiges Urteil. Es gewährt dieses Klagerecht für alle Arten von Rechtsverhältnissen, sie mögen dem Bereiche der dinglichen, der obligatorischen Rechte, der Familienrechte [RG. 22. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 45 S. 174 ff. läßt Feststellungsklage zu bezüglich der Befugnis zur Führung eines Familiennamens oder Familienwappens] oder der Erb- und Vermächtnisrechte angehören. Doch folgt daraus, daß die CPrO. nur für die vor die ordentlichen Gerichte gehörigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gilt (EG. § 3), die Beschränkung der Feststellungsklagen auf solche Rechtsverhältnisse, über welche den ordentlichen Gerichten überhaupt Kognition zusteht. Welche Sachen dazu gehören, bestimmt das Reichs- und Landesrecht [vgl. Struckm. Koch Komm. z. GVG. § 13, Wilm. Levy Komm. z. GVG. § 13, Hauck Komm. z. GVG. § 13, Hauser Ztschr. f. R. u. LR. IV S. 27 ff., 241 ff.]. Gehört z. B. die Steuerpflicht nach Landesrecht nicht zu der Kognition der ordentlichen Gerichte, so ist eine darauf bezügliche Feststellungsklage nicht möglich [vgl. RG. 11. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 119 S. 387 a. E.].

b) Das Rechtsverhältnis muß Beziehung einerseits zu dem Kläger, andererseits zu dem Beklagten haben; es muß geeignet sein, Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten, wenn auch nicht gegenwärtige, so doch zukünftige, zu erzeugen oder Ansprüchen des Beklagten gegen den Kläger zu präjudizieren. Ob solche Beziehung nach beiden Richtungen hin vorhanden ist, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen. Jedenfalls können aber nicht bloß Rechtsver-

hältnisse unter den Parteien Gegenstand der Feststellungsklage sein [wie RG. 18. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 126 S. 419 annimmt], sonst wären alle absoluten (dinglichen, individualrechtlichen, Familien- und erbrechtlichen) Rechtsverhältnisse schlechthin ausgeschlossen, denn Eigentum, Servitut, Individualrecht, Status, Erbrecht zc. sind nicht Rechtsverhältnisse gegenüber einer bestimmten Person; erst durch Verletzung entstehen aus solchen Rechtsverhältnissen materiellrechtliche Ansprüche gegen eine bestimmte Person; wenn aber solche Ansprüche entstanden sind, dann ist nicht mehr Feststellungs-, sondern kondemnatorische Klage zulässig (s. u. litt. c.). Es gehört also auch die Klage eines Forderungsprätendenten gegen den anderen auf Feststellung des Forderungsrechts in Bezug auf die noch zu zahlende oder schon deponierte Schuld eines dritten, eine Klage über deren Zulässigkeit kein Zweifel besteht [vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 480, Schmid Cession II S. 371, 374, Windscheid Pand. II § 334, SA. XX Nr. 69, XXI Nr. 170, XXII N. 3, XXXV Nr. 89, Entsch. ROHG. XXIV S. 314, RG. 28. Okt. 1881 Entsch. VII S. 421 N. 1, 18. Okt. 1882 VII Nr. 126 S. 420], zu den Feststellungsklagen des § 231. [AM. RG. 18. Okt. 1882 VII Nr. 126 S. 419 und Rocholl a. a. O. S. 405 ff.] — In Bezug auf nicht mehr bestehende Rechtsverhältnisse ist Feststellungsklage zulässig, wenn aus dem früheren Bestand Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft sich ergeben [RG. 12. Mai 1886 SA. XLI Nr. 168]. — Eine abstrakte Rechtsfrage kann nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein [vgl. RG. 11. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 119 S. 387].

c) Des weiteren fordert das Gesetz als Voraussetzung der Zulässigkeit der Feststellungsklage ein rechtliches Interesse des Klägers daran, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Das Interesse muß ein privatrechtliches sein; daß die Feststellung für eine Strafsache oder für eine andere rein publizistische Angelegenheit (z. B. Wahlberechtigung) bedeutsam werden kann, genügt nicht. Das ergiebt sich zwar nicht daraus, daß sich die Feststellungsklage nur auf Rechtsverhältnisse, die Gegenstand eines Civilprozesses sein können, bezieht. Wohl aber daraus, daß die Feststellungsklage dem Civilprozesse angehört und daß der Civilprozeß im Dienste des Privatrechts steht. [So auch Degenkolb a. a. O. S. 55 ff., Weismann a. a. O. S. 155; vgl. a. Wach I S. 619 Ziff. 4. Dagegen Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 5. Hellmann Komm. II S. 14 u. Lehrb. S. 379 f., RG. 22. Mai 1886 Entsch. XVI Nr. 95 S. 390.] — Der Kläger muß ein Interesse an alsbaldiger Feststellung haben, d. h. er muß ein Interesse haben, daß anticipando, d. i. vor dem Prozesse über den Anspruch, für dessen Vorhandensein das Bestehen des festzustellenden Rechtsverhältnisses präjudizierend ist, das Bestehen des Rechtsverhältnisses rechtskräftig festgestellt werde. Hieraus folgt, daß die Feststellungsklage nicht zusteht, wenn Leistungsklage aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse erhoben werden kann [vgl. Rocholl a. a. O. S. 380 ff., 403 ff. Dagegen bay. o. LG. Bl. f. RA. LIII S. 64]. So kann z. B. der Eigentümer nicht Klage auf Feststellung seines Eigentums gegen denjenigen erheben, welchen er mit rei vind. verklagen kann [RG. 1. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 419]. Wohl aber kann der Eigentümer sein Eigentum gegen den dasselbe bestreitenden Usufruktuar feststellen lassen; denn gegen denselben kann er, solange der Usufruktus besteht, nicht auf Herausgabe des Besitzes klagen. Oder: die Ehefrau, welche während der Ehe kein Verwaltungsrecht an ihrem Vermögen hat, kann bei rechtswidrigen Veräußerungen ihres Vermögens seitens des Mannes feststellen lassen, daß die betr. Veräußerung ihr gegenüber nichtig, d. i. daß sie Eigentümerin sei; denn sie hat z. Z. noch kein Vindikationsrecht [RG. 15. März 1881 Entsch. IV Nr. 103 S. 374]. Der Gläubiger, welcher auf Leistung klagen kann, kann nicht die Feststellungsklage gegen den Schuldner erheben [so auch RG. 3. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 130 S. 438; vgl. a. RG. 25. Okt. 1881 V Nr. 111

S. 394, 20. Dez. 1882 XII Nr. 34 S. 148, 22. Juni 1885 XIII Nr. 123 S. 437; ferner OLG. Braunschweig SA. XXXV Nr. 175]; nur wenn er aus irgend einem Grunde z. B. weil die Forderung noch nicht fällig oder noch bedingt oder ihrem Betrag nach ungewiß ist, nicht auf Leistung klagen kann, ist Feststellungsklage möglich. Vgl. hierzu Bem. Nr. 3 Ziff. V zu § 230, wo spez. von Klagen auf Feststellung einer Entschädigungspflicht vorbehaltlich der Schadensliquidation gehandelt ist. Der Erbberechtigte kann gegenüber demjenigen, den er mit der her. pet. oder act. fam. herc. verklagen kann, nicht bloß auf Feststellung seines Erbrechts klagen; letztere Klage kann er erheben gegen denjenigen, der keine Erbschaftssachen besitzt, wenn er ein Interesse an alsbaldiger Feststellung hat.

„Rechtliches Interesse haben" heißt, um privatrechtlicher Ansprüche willen oder zum Zwecke der Abwehr solcher Ansprüche Grund haben, zu wünschen, daß rc. rc. Ob der Grund ein genügender — ob eine iusta causa im Sinne der römischen Juristensprache (cf. l. 41 D. de iud. 5, 1; l. 10 D. de procur. 3, 3; cf. l. 21 D. de interr. in iure 11, 1) vorhanden sei, darüber lassen sich nicht theoretische Regeln geben; das hat der Richter nach freiem Ermessen zu beurteilen [Bähr Anerkennung S. 320 f., RG. 27. Sept. 1883 Entsch. X Nr. 114 S. 369]. Nicht jede Bestreitung eines Rechtsverhältnisses ist genügende Veranlassung zur Klage auf Feststellung [RG. 3. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 130 S. 438]; doch wird Bestreitung immerhin die häufigste Veranlassung zur Feststellungsklage sein. — Entscheidungen: Zur Klage eines Handelsgesellschafters gegen den anderen auf Feststellung streitiger Ansprüche nach Auflösung der Gesellschaft vor Beendigung der Liquidation fehlt regelmäßig das Interesse an alsbaldiger Feststellung. ROHG. in SA. XXXV Nr. 149. — Zur Klage gegen den Ehemann auf Feststellung seiner Verpflichtung, die Exekution in das Vermögen seiner Ehefrau wegen einer Schuld der letzteren zu dulden, mangelt das rechtliche Interesse, so lange der Mann der Exekution nicht widersprochen hat. RG. 7. März 1882 Entsch. VI Nr. 123 S. 397. — Die Klage einer Genossenschaft gegen ausgeschiedene Genossen auf Feststellung der eventuellen Verpflichtung, zum Umlageverfahren nach Gen.-Ges. § 52 ff. beizutragen, wurde wegen Mangels des Interesses an alsbaldiger Feststellung abgewiesen. RG. 9. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 18 S. 74. Das Interesse an alsbaldiger Feststellung einer Verpflichtung zum Schadenersatz wegen Körperverletzung ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verletzte zur Zeit wegen jugendlichen Alters noch nicht erwerbsfähig ist. RG. 28. Okt. 1885 Entsch. XIII Nr. 98 S. 372. — Klage eines Miterben gegen den Nachlaßschuldner auf Feststellung der Schuld ist zuläßig, wenn das mat. Recht (wie preuß. ALR.) die Klage auf Zahlung dem einzelnen Miterben versagt. RG. 18. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 957. — Zur Klage auf Feststellung der Beitragspflicht zu Kirchenbauten gegen den Fiskus, welcher seine Beitragspflicht bestritten, sich aber zur Zahlung für den einzelnen Fall bereit erklärt hatte, ist das Interesse an alsbaldiger Festsetzung vorhanden. Bay. o. LG. in SA. XXXVIII Nr. 298. — Klage auf Feststellung der Befugnis zur Kündigung eines Mietsverhältnisses an einem künftigen Termine ist zuläßig. OLG. Hamburg SA. XLII Nr. 185.

d) Die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses antizipiert regelmäßig ein Stück eines möglichen künftigen Prozesses über einen Anspruch, für dessen Existenz oder Nichtexistenz das Bestehen des Rechtsverhältnisses Vorfrage ist. Sie hat Ähnlichkeit mit dem Antrage auf Beweiserhebung zum ewigen Gedächtnis. Gleichwie in letzterem Verfahren die (relative) Feststellung von Thatsachen mit Rücksicht auf ein zukünftiges und hypothetisches Beweisbedürfnis verlangt wird, so wird im Feststellungsprozeß die rechtskräftige Entscheidung über Rechtsverhältnisse mit Rücksicht auf die künftige Verwertung verlangt. Das Feststellungsurteil ist eine besondere Art von Rechtsschutz; der Feststellungsprozeß ist das Verfahren, welches

zu dieser Art von Rechtsschutz führt; die Feststellungsklage ist der Einleitungsakt dieses Verfahrens. [Vgl. Wach I S. 123. Dagegen heißt es in den Motiven S. 183, es sei eigentlich Sache des materiellen Rechts, nicht der CPrO., die Voraussetzungen der Feststellungsklagen zu regeln.] Man kann daher von einem Feststellungsanspruch nur im Sinne eines prozessualischen Rechts, nicht im Sinne eines materiellrechtlichen Anspruchs reden. Das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung ist Klagvoraussetzung in dem Sinne, daß ohne dasselbe die besondere Art von Rechtsschutz, wie sie durch das Feststellungsurteil gewährt wird, nicht erreichbar ist [vgl. Weismann Hauptinterv. S. 85 N. 6]. Gebricht es der als Feststellungsklage erhobenen Klage an jener Voraussetzung, so kann kein Urteil über das Bestehen des Rechtsverhältnisses (die materialia causae) gefällt, sondern es muß auf Zurückweisung der Klage als unzulässig erkannt werden. Jene Voraussetzung des rechtlichen Interesses ist von Amtswegen zu beachten. Daß der Beklagte in die Feststellung durch Urteil einwilligt, überhebt das Gericht nicht der Prüfung, ob jene Voraussetzung vorhanden sei. [Vgl. Mot. S. 184 f. Das oben cit. Kurhess. Gesetz sowie die Bad. PrO. ließen bei Einwilligung des Beklagten die Feststellungsklage ohne jene Voraussetzung zu. Dessen wird in den Mot. mit der Bemerkung gedacht, dazu sei kein Bedürfnis.] Es ist Sache des Klägers, das Vorhandensein jener Voraussetzung darzuthun.

4. Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. (Negative Feststellungsklage.)

a) Die Bedeutung von Rechtsverhältnis ist die gleiche wie bei der positiven Feststellungsklage. Negieren kann man aber nur nach vorausgegangener Behauptung. Es ist deshalb notwendig, daß der negativen Feststellungsklage die Behauptung eines Rechtsverhältnisses durch den Beklagten voranging. [AM. Hellmann Lehrb. S. 381 f.] Das behauptete Rechtsverhältnis muß ein privatrechtliches in dem in Bem. Nr. 3 litt. a erörterten Sinn sein. Es muß, damit die subjektive Beziehung zwischem dem Kläger und dem Beklagten da sei, ein solches sein, aus welchem sich entweder Ansprüche des Beklagten gegen den Kläger ergeben können oder welches Ansprüchen des Klägers gegen den Beklagten präjudiziert. Natürlich steckt in der Behauptung eines Anspruchs immer auch die Behauptung eines Rechtsverhältnisses. — Die Negation kann sich auf einen Teil der gegnerischen Rechtsbehauptung beziehen; so ist z. B. Feststellungsantrag möglich, daß Kläger dem Beklagten nicht 2000, sondern nur 1000 schuldig sei.

b) Voraussetzung für die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage ist ein rechtliches Interesse des Klägers daran, daß das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Über die Bedeutung dieses Erfordernisses vgl. Bem. Nr. 3 litt. c. Die Aufzählung der Gründe, aus denen der Richter zur Bejahung des Interesses gelangen kann, ist hier wie dort unmöglich. Nicht jegliche Berühmung seitens des Beklagten muß ein Interesse des Klägers an der Feststellung des Nichtbestehens begründen. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach freiem Ermessen des Gerichts [so auch RG. 27. Sept. 1883 Entsch. X Nr. 114 S. 369]. Entscheidungen: Die Klage auf Feststellung, daß der Kläger nicht Mitglied der beklagten, in Konkurs geratenen Genossenschaft sei, wird zugelassen vom RG. 26. Sept. 1882 Entsch. VIII Nr. 2 S. 4, 22. Dez. 1883 XIV Nr. 23 S. 90. — Ein in Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 385 f. von Rocholl krit. U. d. RG. gestattet Klage auf Feststellung, daß der Beklagteals Besitzer eines Etablissements nicht berechtigt sei, bei etwaiger Beschädigung durch den vom Kläger betriebenen Bergbau eine Entschädigung zu verlangen. Das U. ist nicht zu billigen ein Interesse an Feststellung des Nichtbestehens einer bloß hypothetischen Berechtigung dürftenicht genügen. Vgl. den von Herzog Mag. f. DR. III S. 320 berichteten Fall, in welchem eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eventueller Haftung gestattet wurde.

Der Kläger hat sein Interesse an der alsbaldigen Feststellung dem Gerichte darzulegen und nötigenfalls zu beweisen. Der Mangel des Interesses ist von Amtswegen zu beachten (vgl. Bem. Nr. 3 litt. d). Mangelt es an dieser Voraussetzung, so ist die negative Feststellungsklage ohne Urteil zur Sache zurückzuweisen.

c) Ist die negative Feststellungsklage zulässig, so wird der Beklagte in die Lage versetzt, entweder das Rechtsverhältnis zu begründen und nötigenfalls zu erweisen oder die Feststellung des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses über sich ergehen zu lassen. Der Beklagte ist, ohne formell Klage erhoben zu haben, in der Prozeßlage, wie sie sonst für den Kläger besteht. Es ist nicht Sache des Klägers, die Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses zu beweisen. Vielmehr ist die Beweislast unabhängig von der Parteirolle gerade so verteilt, wie wenn der Beklagte auf Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses geklagt hatte. Beruht die negative Feststellungsklage auf Negation der Entstehung eines Rechtsverhältnisses, so ist die Entstehung vom Beklagten zu beweisen; gründet sie sich darauf, daß das Rechtsverhältnis, dessen Entstandensein der Kläger zugesteht, durch Einredethatsachen aufgehoben oder in seinen Wirkungen gehemmt worden sei, so muß der Kläger den Beweis der Einredethatsachen führen. [So auch Wilm. Levy N. 4 Abs. 2 zu § 231, Petersen S. 387, v. Bülow N. 3 zu § 231, Degenkolb a. a. O. S. 328, Weismann FKl. S. 104, Dernburg Pr. PrR. I § 125 a. E. und wohl auch Rocholl a. a. O. S. 369; RG. 13. Apr. 1883 Entsch. IX Nr. 98 S. 340 ff., 22. Dez. 1883 XIV Nr. 23 S. 91; vgl. a. RG. 26. Sept. 1882 Entsch. VIII Nr. 2 S. 5. AM. Gaupp II S. 15, Wendt Arch. f. civ. Pr. LXX S. 1 ff., sowie RG. 15. Juni 1881 in SA. XXXVII Nr. 2 u. in Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 839; vgl. a. die beiläufige Äußerung in Entsch. VII S. 375 Z. 5 v. u.] Die Feststellungsklage bietet die Handhabe, einen Prozeß einzuleiten, in welchem der Feststellungskläger materiell die Beklagtenrolle hat [cf. Entsch. IX S. 340].

Die negative Feststellungsklage ersetzt die im gemeinen Recht ausgebildete provocatio ex lege Diffamari. Sie ist aus diesem Provokationsverfahren herausgewachsen, aber von der provocatio früherer Gestalt wesentlich verschieden. Die Verschiedenheiten liegen insbesondere in folgenden Punkten. Während bei nachgewiesener Berühmung die Provokationsklage stets zulässig war, ist die negative Feststellungsklage durch das Vorhandensein jenes dem richterlichen Ermessen preisgegebenen, elastischen Interesses bedingt. Während die Provokationsklage eventuell eine formelle Klage des Provokaten gegen den Provokanten veranlaßte, führt die negative Feststellungsklage, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen, ohne formelle Klage des Beklagten in einen Prozeß hinein, in welchem materiell der Kläger Beklagter ist. Die Auflage des perpetuum silentium kommt sachlich auf eines hinaus mit der Feststellung des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses, wenn auch die Form anders lautet. [Vgl. OLG. Jena Ztschr. f. d. CPr. VII S. 100.]

Die Motive S. 183 behaupten, daß die (negative) Feststellungsklage auch die provocatio ex lege Si contendat ersetze. Dies trifft nicht zu. Der Zweck der prov. ex. l. Si cont. ist Sicherung eines materiellrechtlichen Verteidigungsmittels, von dem zu besorgen ist, daß es bei Verzögerung der Klage durch Veränderung der Umstände verloren gehe [vgl. Bayer summ. Proz. § 58]. Der Hauptfall ist die Sicherung der Teilungseinrede, welche dem Mitbürgen gegen die Klage auf das Ganze zusteht, solange die übrigen Mitbürgen solvent sind. Wie jener Zweck durch eine Feststellungsklage zu erreichen wäre, ist nicht abzusehen. Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses kann in solchen Fällen nicht festgestellt werden; das Begründetsein einer Einrede der angegebenen Art auch nicht. Muß hiernach die Ansicht der Motive als nicht zutreffend betrachtet werden, so ist gleichwohl anzunehmen, daß eine provocatio ad agendum auf Grund der gemeinrechtlichen Regeln über prov. ex. l. Si contendat

unter der Herrschaft der CPrO. nicht mehr zulässig ist. Zwar folgt dies nicht aus dem Nichtvorhandensein einer besonderen Prozeßart, wohl aber daraus, daß die PrO. die diesem Provokationsprozesse eigentümlichen Entscheidungen nicht kennt; denn in der PrO. ist weder ein Urteil vorgesehen, welches dem Beklagten eine Frist zur Klagestellung unter dem der provocatio ex lege Si contendat eigentümlichen Präjudiz [s. Bayer a. a. O. S. 158] vorsetzte, noch ein Urteil, durch welches dieses Präjudiz gegen den säumigen Provokaten verwirklicht werden könnte. Auch hat sich das Institut der Provokationen als eine prozessualische Einrichtung entwickelt, welche durch Nichtreproduktion im Prozeßgesetz beseitigt ist [vgl. Degenkolb a. a. O. S. 206 ff., Mandry der civilrechtl. Inhalt 2c. (3. Aufl.) S. 267 f., Dernburg Pand. II § 81 N. 10].

5. Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde.

a) Die Echtheit einer Urkunde (ebenso die Unechtheit) ist eine Thatsache, kein Rechtsverhältnis. Die Klagen auf richterliche Feststellung der Echtheit (bzw. Unechtheit) sind die einzigen Klagen, durch welche rechtskräftige Entscheidung über Thatsachen erreichbar ist. Urkunden sind Beweismittel. Die Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde verfolgt daher einen ähnlichen Zweck, wie der Antrag auf Beweiserhebung zum ewigen Gedächtnis, nämlich Sicherung eines Beweismittels für den Fall künftigen prozessualischen Bedürfnisses. Die Sicherung wird aber mit der Klage auf Echtheitsfeststellung vollkommener erreicht, als bei der Beweiserhebung zum ewigen Gedächtnis, insofern das Ergebnis des Verfahrens über die Echtheit der Urkunde durch ein der Rechtskraft unter den Parteien fähiges Urteil ausgesprochen wird, während bei der Beweiserhebung zum ewigen Gedächtnis solche Feststellung des Resultats nicht erfolgt. Das Verfahren bezieht sich auf öffentliche und auf Privaturkunden. Urkunde ist jedes Schriftstück, welches geeignet ist, in einem Civilprozesse als Beweismittel zu dienen. Es bleibt sich gleich, ob die Urkunde nach gesetzlicher Beweisregel vollen Beweis liefert oder ob deren Beweiskraft der freien richterlichen Würdigung unterliegt. Die Klage muß sich auf eine bestimmte, vom Kläger zu bezeichnende Urkunde beziehen. Der Kläger muß die Urkunde bei dem Gericht produzieren, bzw. deren Produktion durch den Beklagten oder den dritten Besitzer erwirken. Das Editionsverfahren gegen den Beklagten nach den Regeln der §§ 389 bis 392 ist innerhalb des Feststellungsprozesses nicht anwendbar, weil das auf Nichtvorlage der Urkunde und Weigerung des Editionseides in § 392 gesetzte Präjudiz nicht paßt. Ist der Kläger berechtigt, vom Beklagten die Edition zu verlangen, was nach den Regeln des § 387 zu bemessen ist, so muß er im besonderen Prozesse darauf klagen und die Edition eventuell nach § 769 erzwingen.

b) Damit die Klage gegen einen bestimmten Beklagten gerichtet werden kann, ist notwendig, daß die Urkunde in einem künftigen Civilprozeß des Klägers mit dem Beklagten als Beweismittel verwendbar ist. Eine intensivere persönliche Beziehung der Urkunde zu dem Beklagten wird nicht erfordert; insbesondere nicht, daß der Beklagte Aussteller der Urkunde sei.

c) Voraussetzung für Zulässigkeit der Klage ist ein Interesse des Klägers an der alsbaldigen richterlichen Feststellung der Echtheit der Urkunde. Von diesem Interesse gilt das in Bem. Nr. 3 litt. c Gesagte. Da die Urkunde selbst wieder Beweismittel für eine andere Thatsache ist, so kommt bei Würdigung der Frage, ob iusta causa vorhanden sei, auch die Frage, ob der Beweis dieser anderen Thatsache gefährdet sei, in Betracht. Kann der Kläger durch Anstellung einer Leistungsklage einen Prozeß beginnen, in welchem Kognition über Echtheit der Urkunde erfolgen müßte, so ist die Feststellungsklage nicht zulässig. Das Vorhandensein jener Klagevoraussetzung ist von Amtswegen zu beachten und vom Kläger darzuthun.

Der Mangel derselben führt zur Zurückweisung der Klage ohne Urteil über die Echtheit der Urkunde.

d) Ist die besprochene Voraussetzung vorhanden, so führt die Feststellungsklage zu einem antizipierten Zwischenstreit über die Echtheit der Urkunde. Der Kläger hat die Echtheit zu erweisen, wenn nicht die Vermutung der Echtheit (§ 402) eingreift. Streitgegenstand ist die Echtheitsfrage. Widerklage auf Unechtheitserklärung ist nicht möglich.

6. Klage auf Feststellung der Unechtheit einer Urkunde.

a) Bem. Nr. 5 litt. a findet entsprechende Anwendung. Insbesondere ist es auch hier Sache des Klägers, die Vorlegung der betreffenden Urkunde zu erwirken und, wenn dieselbe sich im Besitze des Beklagten oder eines dritten befindet, im gesonderten Prozesse die Produktion zu erzwingen. Da die Klage eine Negation enthält, so ist, wie bei der Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (s. o. Bem. Nr. 4 litt. a), vorangegangene Position, also die Behauptung der Echtheit seitens des Beklagten nötig.

b) Es ist notwendig, daß die Urkunde in einem künftigen Civilprozeß des Klägers mit dem Beklagten möglicher Weise als Beweismittel verwendbar ist. Nicht notwendig ist, daß die Urkunde nach des Beklagten Behauptung vom Kläger ausgestellt sein soll (vgl. Bem. Nr. 5 litt. b).

c) Bem. Nr. 5 litt. c findet entsprechende Anwendung.

d) Auch diese Klage führt bei Vorhandensein der Voraussetzungen zu einem antizipierten Streit über die Echtheit der Urkunde. Gleichwie bei Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses die Beweislast durch die Parteistellung nicht berührt wird (s. Bem. Nr. 4 litt. c), so muß hier der Beklagte die Echtheit der Urkunde beweisen, soweit ihm nicht die Präsumtion der Echtheit (§ 402) zur Seite steht.

7. Sachliche Zuständigkeit für die Feststellungsklagen. Dieselbe richtet sich nach GVG. §§ 23, 59, 70, 100—108. Klagen auf Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens von Rechtsverhältnissen und Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit von Urkunden gehören also stets vor die Landgerichte, wenn das Rechtsverhältnis, welches Gegenstand des Prozesses ist oder auf dessen Beweis sich die Urkunde bezieht, kein vermögensrechtliches ist. Insoweit die Zuständigkeit von dem Werte des Streitgegenstandes abhängt, ist bei den auf Rechtsverhältnisse bezüglichen Feststellungsklagen der Wert des Rechtsverhältnisses — des Eigentums, der Servitut, der Obligation, des Erbrechts ꝛc. —, bei Klagen auf Echtheit oder Unechtheit von Urkunden der Wert des Rechtsverhältnisses oder Anspruchs, welcher erwiesen oder widerlegt werden soll, maßgebend, nicht die Schätzung des Interesses an der *antizipierten* Feststellung. So gehört z. B. der Streit über die Echtheit eines auf 301 ℳ lautenden Schuldscheins vor das Landgericht. Vor die Kammern für Handelssachen gehören Feststellungsklagen, wenn für die betreffenden Rechtsverhältnisse die Voraussetzungen des GVG. § 101 gegeben sind. Daher gehört z. B. die Klage gegen einen Kaufmann auf Feststellung einer aus einem zweiseitigen Handelsgeschäfte hervorgegangenen befristeten Obligation, ebenso die Klage auf Feststellung der Echtheit einer 300 ℳ übersteigenden Wechselurkunde vor die Kammern für Handelssachen.

8. Gerichtsstand für Feststellungsklagen.

a) Positive Feststellungsklagen in Bezug auf Rechtsverhältnisse. Zuständig ist das Gericht, vor welchem auf Grund des betreffenden Rechtsverhältnisses geklagt werden kann (vgl. § 29). Für die Klage auf Feststellung des Eigentums, einer dinglichen Belastung und des Besitzes an unbeweglichen Sachen, folgt aus § 25 die ausschließliche Zuständigkeit des forum rei sitae. Im übrigen kann die Klage nach Wahl des Klägers entweder an dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten (§§ 13—20) oder, sofern das betref-

sende Rechtsverhältnis den Voraussetzungen der §§ 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 entspricht, an den besonderen Gerichtsständen der genannten Paragraphen erhoben werden. Die Feststellungsklage muß auch den ausschließlichen Gerichtsständen für Ehe- und Entmündigungssachen (§§ 568, 594, 606, 617, 621, 624) folgen.

b) Negative Feststellungsklagen in Bezug auf Rechtsverhältnisse. Die Klage kann im allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten erhoben werden. Ist für das betreffende Rechtsverhältnis ein besonderer Gerichtsstand begründet, z. B. für die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines behaupteten Erbrechts der Gerichtsstand des § 28, für die Klagen auf Feststellung des Nichtbestehens eines Vertrags der Gerichtsstand des § 29, so kann die Klage auch in diesen besonderen Gerichtsständen erhoben werden. Ist für Klagen aus dem Rechtsverhältnis ein besonderer ausschließlicher Gerichtsstand begründet, so für die Klagen aus Eigentum oder dinglichen Rechten von Immobilien, so kann die negative Feststellungsklage nur in diesem Gerichtsstand erhoben werden. In den Motiven (S. 185) ist gesagt:

„Wenn nun aber hiernach der Anspruch auf Feststellung als ein aus dem Rechtsverhältnisse selbst originierender Anspruch aufzufassen ist, so ergiebt sich ohne weiteres, daß für die Klage auf Feststellung dasjenige Gericht zuständig sein muß, vor welchem aus dem Rechtsverhältnisse selbst geklagt werden kann — und dieselbe Kompetenz ist für die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde begründet."

Diese Äußerung bezieht sich auch auf die negativen Feststellungsklagen und kann in dem Sinne gemeint sein, daß die negative Feststellungsklage, wie einst die provocatio ex lege Diff., bei dem Gericht erhoben werden müsse, welches für die Klage aus jenem Rechtsverhältnisse gegen den Feststellungskläger zuständig wäre. Es ist zweifelhaft, ob bei den Verfassern der Motive diese Ansicht obwaltete; denn jene Äußerung läßt die engere Auslegung zu, daß nur die einschlagenden besonderen Gerichtsstände gemeint sind. Jedenfalls greift in Ermangelung gegenteiliger Gesetzesvorschrift die Regel des § 12 ein, nach welcher das Gericht, bei welchem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, für alle Klagen zuständig ist, sofern nicht ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht. Wenn der Kläger den Beklagten vor seinen (des Klägers) allgemeinen Gerichtsstand ziehen könnte, so würde der Beklagte des Vorteils verlustig, der ihm durch die Regel „actor sequitur forum rei" eingeräumt ist. Daß die gemeinrechtlichen Provokationsklagen bei dem Gericht, welches für die provozierte Klage zuständig ist, zu erheben waren, kann nicht gegen diese Ansicht eingewendet werden; denn die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses enthält formell keine provocatio ad agendum. [So auch Wilm. Levy N. 3, Petersen S. 386, Gaupp II S. 14 f., Hellmann Komm. II S. 17, Endemann II S. 16. AM. Struckm. Koch N. 7, v. Bülow N. 2].

c) Auf die Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde finden die vorstehenden Bemerkungen mit der Maßgabe Anwendung, daß die besonderen Gerichtsstände nur insoweit in Betracht kommen, als für das Rechtsverhältnis oder den Anspruch, auf welchen der durch die Urkunde zu führende Beweis sich bezieht, besondere Gerichtsstände begründet sind. So gehört z. B. der Streit über die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, welche ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache bewiese, vor den ausschließlichen Gerichtsstand der belegenen Sache (§ 25); es kann der Rechtsstreit über die Echtheit einer Urkunde, welche ein Erbrecht beweisen würde, vor das forum hereditatis des § 28, der über die Echtheit einer Urkunde, welche das Bestehen eines Vertrags beweisen würde, vor das forum des § 29 gebracht werden.

9. Über die prozessualischen Wirkungen der zufolge einer Feststellungsklage eintretender Rechtshängigkeit s. Bem. Nr. 3 I zu § 235.

10. a) Wird eine Feststellungsklage wegen Mangels des rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung als unzulässig zurückgewiesen, so ist das Urteil materieller Rechtskraft in Bezug auf den Streitgegenstand überhaupt nicht fähig. Einer zweiten Feststellungsklage, welche dasselbe Rechtsverhältnis oder dieselbe Urkunde betrifft, kann die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegengesetzt werden. Nur darüber, daß die behauptete Veranlassung zur Feststellungsklage nicht vorlag, ist rechtskräftig entschieden [vgl. Kohler Ztschr. f. CPr. u. ö. R. XIV S. 38 und der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 12].

b) Wird dem Antrag der positiven Feststellungsklage gemäß das Bestehen des Rechtsverhältnisses festgestellt, so ist mit Eintritt der formellen Rechtskraft bezüglich dieses Rechtsverhältnisses res iudicata vorhanden. Jedem Versuche, das Rechtsverhältnis aufs neue zu bestreiten, kann die exc. rei iud. entgegengesetzt werden. Über das Vorhandensein von Ansprüchen, welche sich aus dem Rechtsverhältnis ergeben können, ist nicht entschieden. Die Bestreitung der Ansprüche kann daher nicht mittels exc. rei iud. gewehrt werden. Wird aber zur Bestreitung der Ansprüche der Bestand des Rechtsverhältnisses angerührt, so tritt die exc. rei iud. wieder hervor. — Das reine Feststellungsurteil kann nicht Vollstreckungsurteil sein; denn es entscheidet nicht über Ansprüche, während Vollstreckung sich nur auf Ansprüche beziehen kann.

c) In dem Urteile, welches die positive Feststellungsklage als sachlich unbegründet (also nicht durch absolutio ab inst.) abweist, liegt die der materiellen Rechtskraft fähige Negation des Bestehens des Rechtsverhältnisses [so auch Weismann, F. Kl. S. 112; vgl. a. Dernburg Pr. PrR. I § 137 N. 11 u. Bähr Urteile des RG. S. 164]. Es ist zulässig, aber nicht notwendig, daß die Negation im Urteilstenor neben der Klagabweisung ausgesprochen wird. Jedem Versuch, das Bestehen des Rechtsverhältnisses prozessualisch wieder geltend zu machen, steht die exc. rei iud. entgegen. Ansprüche, welche sich nur, wenn das negierte Rechtsverhältnis bestände, ergeben könnten, sind gleichfalls aberkannt.

d) Wird dem Antrage einer negativen Feststellungsklage gemäß das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt, so liegt die Sache gerade so, wie im Falle des Urteils ad litt. c.

e) In dem Urteile, welches die negative Feststellungsklage als sachlich unbegründet (also nicht durch absol. ab inst.) abweist, liegt die Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses [so auch Weismann, Festst. Kl. S. 122, Hauptinterv. S. 62 N. 5, vgl. Bähr Urteile S. 164, R. Schmidt Klagänderung S. 196 N. 4. AM. RG. 11. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 119 S. 386; vgl. a. Degenkolb a. a. O. S. 228]. Die positive Feststellung ist im Urteilstenor neben der Klagabweisung auszusprechen. Das Urteil hat dieselbe Rechtskraftwirkung, wie das ad litt. b besprochene. Hat der Beklagte einen Anspruch, d. i. das Recht eine Leistung von dem Gegner zu verlangen, geltend gemacht, so liegt eine Widerklage vor, über welche nach allgemeinen Regeln im Urteilstenor zu erkennen ist.

f) Die entsprechende Anwendung der ad litt. b—e entwickelten Sätze auf die Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit von Urkunden ist leicht zu finden. Das Urteil hat materielle Rechtskraft bezüglich der Thatsache der Echtheit oder Unechtheit. In dem Urteil zur Sache, welches die Klage auf Feststellung der Echtheit abweist, liegt die rechtskräftige Feststellung der Unechtheit; in dem Urteil zur Sache, welches die Klage auf Feststellung der Unechtheit abweist, liegt rechtskräftige Feststellung der Echtheit. In der Feststellung der Unechtheit einer Urkunde, welche für den Bestand eines Anspruchs wesentlich ist (Gegensatz: Beweisurkunde) liegt die Negation des Anspruchs.

11. Über die Kosten des Feststellungsprozesses ist nach allgemeinen Regeln zu erkennen.

Im Kostenpunkte ist das im Feststellungsprozeß ergehende Urteil kondemnatorisches Urteil, daher auch Vollstreckungstitel.

12. Verjährung der Feststellungsklagen. Die CPrO. enthält darüber keine Bestimmungen. Ob die civilrechtlichen Bestimmungen über die sog. Klagenverjährung auf die Feststellungsklagen anwendbar sind, hängt davon ab, was man von der Klagenverjährung hält. Ist die sog. Klagenverjährung in Wahrheit eine Verjährung der Ansprüche, wie z. B. von der herrschenden Lehre angenommen wird, so berührt dieselben die Berechtigung zur Erhebung der Feststellungsklage überhaupt nicht; denn diese Berechtigung ist kein materiellrechtlicher Anspruch [vgl. Th. Kayser Arch. f. c. Pr. LXX S. 458 ff.]. Wäre die Klagenverjährung als Verjährung des publizistischen Klagerechts zu betrachten, so würde sie allerdings auch die Feststellungsklagen erfassen. Die gemeinrechtlich 30jährige Frist würde von dem Zeitpunkte zu berechnen sein, in welchem die das Interesse an der alsbaldigen Feststellung begründenden Thatsachen eingetreten sind. Übrigens hat die Frage der Verjährung kaum praktische Bedeutung, weil ein Interesse an alsbaldiger Feststellung schwerlich anzunehmen ist, wenn seit diesen Thatsachen die Verjährungszeit abgelaufen ist.

§ 232.

Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden, wenn für sämtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist.

Die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, können nicht in einer Klage verbunden werden.

Mot. S. 185, 186. KPr. S. 59, 530.

1. § 232 behandelt die sog. objektive Klagenhäufung. Über subjektive Klagenhäufung s. §§ 56 ff. Mehrere Ansprüche mehrerer Kläger und mehrere Ansprüche gegen mehrere Beklagte können in einer Klage verbunden werden, wenn die Voraussetzungen zu objektiver und subjektiver Klagenhäufung vorliegen. — Wegen Verbindung durch Gerichtsbeschluß s. § 138.

2. Voraussetzungen der Zulässigkeit der objektiven Klagenhäufung. I. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts für sämtliche Ansprüche. Die Gemeinsamkeit der Zuständigkeit kann auch durch gerichtliche Bestimmung nach § 36 Nr. 2—4 oder durch Vereinbarung (§ 38) oder durch Präklusion (§ 39) hergestellt werden. Im Einzelnen ergeben sich aus GVG. §§ 23, 70 und CPrO. § 5 folgende Sätze: a) Mehrere Ansprüche, von denen jeder einzelne vor das Landgericht gehört, können in einer Klage verbunden werden. b) Mehrere Ansprüche, von denen jeder einzelne nach GVG. § 23 Nr. 1 vor das Amtsgericht gehört, können in einer Klage verbunden werden, und zwar ist für die Klage, wenn die Zusammenrechnung des Wertes der Streitgegenstände die Summe von 300 ℳ nicht übersteigt, das Amtsgericht, in dem andern Fall aber das Landgericht zuständig. c) Mehrere Ansprüche, von denen wegen des Wertes des Streitgegenstandes einer vor das Landgericht, der andere vor das Amtsgericht gehört, können in einer Klage verbunden werden. Für die Klage ist das Landgericht zuständig. d) Mehrere Ansprüche, von denen jeder einzelne nach GVG. § 23 Nr. 2 vor das Amtsgericht gehört, können in einer Klage verbunden werden. Für die Klage bleibt ohne Rücksicht auf den Wert der Streitgegenstände das Amtsgericht zuständig. e) Mit einem Anspruche, welcher dem Werte des Streitgegenstandes nach vor das Landgericht gehört, kann ein Anspruch, welcher nach GVG § 23 Nr. 2 ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes vor das Amtsgericht gehört, nicht in einer Klage

verbunden werden. f) Mit einem Anspruche, welcher, weil er kein vermögensrechtlicher Anspruch ist, oder nach GVG. § 70 Abs. 2 oder 3 ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes vor das Landgericht gehört, kann ein Anspruch, welcher nach GVG. § 23 Nr. 1 oder 2 vor das Amtsgericht gehört, nicht verbunden werden. g) In einer Klage, welche zu einer Verhandlung vor der handelsgerichtlichen Kammer für Handelssachen führen soll, können nur Ansprüche verbunden werden, welche sämtlich nach GVG. § 101 vor die Kammern für Handelssachen gehören. II. Gleiche Prozeßart für die mehreren Ansprüche. Im Urkundenprozeß können nur Ansprüche verbunden werden, welche sich sämtlich zum Urkundenprozeß, im Wechselprozeß nur solche, welche sich sämtlich zum Wechselprozeß eignen; im Mahnverfahren mehrere Ansprüche, welche sich für dieses Verfahren qualifizieren. In Ehe- und Entmündigungssachen ist die Verbindung der für diese Prozeßarten geeigneten Ansprüche mit Ansprüchen anderer Art ausgeschlossen; weitere Beschränkungen s. §§ 575 Abs. 2, 587, 608, 620, 624, 626.

3. Zu Abs. 2: Das Verbot der Verbindung der Besitzklage und der Klage, in welcher das Recht selbst geltend gemacht wird, war dem früheren gem. Prozeß fremd [Wetzell § 64 ad N. 33 ff., Schmid Handb. III § 196, Bayer summ. Prozesse §§ 75—79]. Dasselbe stammt aus dem Code de proc. art. 25 und ist daraus in die Hann. PrO. §§ 505 f., Hann. Entw. § 232, Preuß. Entw. § 840, Bad. PrO. § 669 Württemb. PrO. Art. 321, Bayr. PrO. Art. 584, Nordd. Entw. § 198 sowie in Entw. I § 211, Entw. II § 219, Entw. III § 224 übergegangen. [Polemik gegen das Verbot bei Seitz Besitzrecht S. 50 ff.] Da ein besonderes Verfahren für Besitzklagen nicht besteht, so würde ohne das Verbot des § 232 Abs. 2 die Verbindung von possessorischen und petitorischen Klagen prozessualisch möglich sein. Das Verbot betrifft die Besitzklagen im Gegensatz zu den Klagen aus dem Rechte selbst. Zu den Besitzklagen gehören nach gemeinem Recht das interdictum uti possidetis, das interdictum utrubi, das interdictum unde vi, das interdictum de precario (falls dasselbe noch praktische Geltung für das heutige Recht hat), die actio spolii sowie das sog. possessorium summarium, alle im Gegensatze zur Eigentumsklage; ferner die zum Schutze des Rechtsbesitzes, der iuris quasi possessio, gegebenen, teils dem römischen Recht entstammenden, teils als nachrömische Fortbildungen entstandenen Klagen [Windscheid Pand. I § 164] im Gegensatz zu den konfessorischen Klagen. Nicht hierher gehören die Kondiktionen des Besitzes und die interdicta adipiscendae possessionis (das interd. Salvianum, quorum bonorum, quod legatorum) und das remedium ex l. ult. C. de edicto Div. Hadr. tollendo. [So auch Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 421 f., Struckm. Koch N. 5, v. Bülow N. 4, Petersen S. 390 f. AM. v. Sarwey I S. 346, Endemann II S. 18, Gaupp II S. 19.] Die gleichzeitige Erhebung der possessorischen und petitorischen Klage in gesonderten Prozessen ist durch die CPrO. nicht verboten. Sie ist zulässig, wenn nicht das bürgerliche Recht sie untersagt. Gemeinrechtlich besteht kein Hindernis. Beschränkende Vorschriften enthält Code de proc. art. 26, 27 und das bayer. AG. z. CPrO. Art. 82, 84, 170. — Ob gegen die Besitzklagen auf das Recht sich stützende Einreden zulässig sind, ist ebenfalls nach materiellem Recht zu beurteilen. Nach gem. Recht sind solche Einreden (außer dem singulären Falle der Einrede des Eigentums gegen das interd. de precario, l. 4 § 3 D. de prec. 43, 26) unstatthaft. Ebenso nach preuß. AGO. I 31 §§ 3 und 4, sowie nach dem bayer. AG. z. CPrO. Art. 83. — Die Unzulässigkeit petitorischer Widerklage gegenüber possessorischer Klage kann aus CPrO. § 232 Abs. 2 nicht gefolgert werden. [So auch Hellmann Komm. II S. 23, Petersen S. 391, Struckm. Koch N. 5, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 52 N. 54, OLG. Cassel eod. VII S. 101]. Eine andere Frage ist, ob das Erfordernis der Konnexität (s. Bem. N. 3 litt. e zu § 33) bei einer

solchen Widerklage vorliegt. Wenn und insoweit auf das Recht gestützte Einreden nach dem anzuwendenden materiellen Recht im Besitzprozesse unstatthaft sind, ist Konnexität des petitorischen Anspruchs mit der possessorischen Klage oder mit dagegen statthafter Verteidigung nicht vorhanden und aus diesem Grunde die Widerklage unzulässig. [Vgl. Wilm. Levy N. 5, Eccius (Förster) Pr. PrR. I § 50 Nr. 29, Meyer Ztschr. f. d. Pr. VIII S. 457 ff.] Außerdem sind Bestimmungen des materiellen Rechts, durch welche die petitorische Widerklage ausgeschlossen wird, fortdauernd noch in Geltung. So verbietet c. 2, 4 X. de ord. cogn. 2, 10 die petitorische Widerklage gegen die Spolienklage. Manche behaupten für das gem. Recht ein allgemeines Verbot [z. B. Bayer summ. Proz. § 77, Schmid Handb. III S. 113 f.], was aber nicht richtig sein dürfte. Für das Gebiet des franz. Rechts ist petitorische Widerklage gegen possessorische Klage verboten durch C. de proc. art. 27; vgl. a. bayer. AG. z. CPrO. Art. 170 Abs. 4 (betr. das linksrhein. Gebiet).

Durch das materielle Recht kann auch die gleichzeitige Erhebung und folglich die Kumulation anderer als der in § 232 Abs. 2 bezeichneten Klagen (z. B. der a. redhibitoria und der a. quanti minoris) ausgeschlossen sein. [Vgl. Wetzell S. 839.] Über eventuelle Klagenhäufung s. Wetzell S. 842 f.

4. Zulässige Klagenhäufung führt, vorbehaltlich der nach § 136 möglichen Trennung, zu einem einheitlichen Verfahren. Die Unzulässigkeit der Verbindung ist von Amtswegen zu beachten [RG. 25. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 43 S. 167]. Bei unzulässiger Klagenhäufung ist zu unterscheiden: a) Die Verbindung ist unstatthaft, weil für einen der Ansprüche das angegangene Gericht nicht zuständig ist; dann ist, soweit nicht nachträglich die Zuständigkeit aus § 39 sich ergiebt, die Klage, für welche die Zuständigkeit fehlt, von hier abzuweisen. b) Die Verbindung ist unstatthaft wegen Unzulässigkeit derselben Prozeßart. Ist mit einem Anspruch, welcher sich zum Urkunden- oder Wechselprozeß eignet, ein anderer, für dieses Verfahren nicht geeigneter verbunden und die Klage im Urkundenprozeß erhoben, so ist die Klage, soweit sie den letzteren Anspruch betrifft, als unstatthaft abzuweisen. Ist mit einer zum Verfahren in Ehesachen geeigneten Klage eine andere verbunden, so ist die letztere Klage als unstatthaft abzuweisen [RG. 25. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 43 S. 166]. Trennung kann nicht beschlossen werden, weil die unstatthaft erhobene Klage wie nicht erhoben zu behandeln ist. c) Die Verbindung ist unstatthaft nach § 232 Abs. 2 oder nach materiellem Recht. Beide Klagen sind abzuweisen, wenn nicht im Laufe des Prozeß eine derselben rechtswirksam zurückgenommen wird.

§ 233.

Die Klageschrift ist zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins hat der Kläger für die Zustellung der Klageschrift Sorge zu tragen.

Mot. S. 186. KPr. S. 74, 533.

1. Vgl. § 193. — Die Bestimmung des Termins ist ein lediglich formeller Akt. Die Prüfung des Inhalts der Klageschrift ist ausgeschlossen (Ausnahme § 570). Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 193. Beschwerde gegen Verweigerung der Terminsbestimmung s. Bem. Nr. 5 zu § 193.

2. Wegen Zustellung s. §§ 152 ff., 457, 458.

§ 234.

Zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung muß ein Zeitraum von mindestens einem Monat liegen (Einlassungsfrist). In Meß- und Marktsachen beträgt die Einlassungsfrist mindestens vierundzwanzig Stunden.

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat der Vorsitzende bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

Mot. S. 186, 187. KPr. S. 74, 533.

1. Wegen Berechnung der Einlassungsfrist s. Bem. Nr. 4 Ziff. I a. E. vor § 191. — Einlassungsfrist im Verfahren vor den Kammern für Handelssachen: GVG. § 102; im Verfahren vor den Amtsgerichten: § 459; im Wechselprozeß: § 567. Bei Erweiterung des Klagantrags (§ 240 Nr. 2) ist nicht die Einlassungsfrist, sondern die Frist des § 123 einzuhalten [RG. 11. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 107 S. 392]. — Wegen Abkürzung der Einlassungstfrist s. § 194.

2. Der Begriff „Meß- und Marktsachen" ist aus § 30 zu bestimmen; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 30. — Die abgekürzte Frist in Meß- und Marktsachen gilt nicht bloß, wenn an dem Gerichtsstand des § 30, sondern auch, wenn an einem anderen Gerichtsstand geklagt wird; ebenso in den höheren Instanzen (vgl. Bem. zu § 481).

3. Die nach Abs. 2 vom Vorsitzenden zu bestimmende Frist muß, wenn nicht Abkürzung beantragt und diesem Antrag stattzugeben ist, mindestens der gesetzlichen Minimalfrist gleich sein. Die Verfügung des Vorsitzenden ist mit der Klageschrift zuzustellen. Eine Zustellung im Auslande ohne vorherige richterliche Bestimmung der Einlassungsfrist ist ungültig; die Ungültigkeit ist nach § 267 heilbar.

4. Für öffentliche Zustellungen gelten die gesetzlichen Einlassungsfristen. Vgl. § 189.

5. Bei Nichteinhaltung der Einlassungsfrist kann der Beklagte die Vertagung begehren. Die Vertagung muß bewilligt werden. Der Beklagte könnte sich, wenn dieselbe nicht bewilligt würde, entfernen, ohne daß ein Versäumnisurteil gegen ihn erlassen werden könnte (arg. § 300 Nr. 2). Wegen der Kosten der Vertagung s. § 90.

§ 235.

Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

1) wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben;
2) die Zuständigkeit des Prozeßgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt;
3) der Kläger ist nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern.

Mot. S. 187—189. KPr. S. 74, 533.

1. Litteratur: Planck I § 54, Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 256 ff., Lippmann eod. LXV S. 358 ff. und LXXI S. 291 ff., Schollmeyer Komp.Einr. S. 9 ff., Weismann Hauptintervention S. 110, Stein Urk.Proz. S. 280 ff., Linkelmann Mag. f. DR. VII S. 308 ff., Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 36.

2. Die Rechtshängigkeit einer Streitsache (eines Anspruchs s. § 254) beginnt mit der Erhebung der Klage, d. i. mit der Zustellung der Klageschrift (§ 230), im Falle der §§ 461, 471 mit dem mündlichen Vortrag der Klage. Die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs (über die einzelnen Fälle s. Bem. Nr. 1 zu § 254) tritt mit dem Zeitpunkte ein, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird (§ 254). Ferner bestimmt § 633, daß mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner die Wirkungen der Rechtshängigkeit eintreten. — Durch Geltendmachung eines Anspruchs mittels Einrede wird die Rechtshängigkeit des Anspruchs nicht begründet. Insbesondere begründet die Kompensationseinrede nicht die Rechtshängigkeit der Gegenforderung. [Die Litteratur zu diesem bestrittenen Satz s. Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136.] — Durch Anmeldung im Konkurse wird die Verjährung unterbrochen (KO. § 13), aber keine Rechtshängigkeit begründet.

Die Rechtshängigkeit erlischt mit der Beendigung des begonnenen Rechtsstreits durch rechtskräftiges Urteil, durch Zurücknahme der Klage, durch Vergleich. Die Vereinbarung der Parteien, den Rechtsstreit fallen zu lassen, ohne Zurücknahme der Klage beendigt den Rechtsstreit nicht (vgl. Bem. Nr. 7 zu § 243) [AM. Planck I S. 273]. Unterbrechung, Aussetzung, Ruhen des Verfahrens berühren die Rechtshängigkeit nicht. Nach Beendigung des Rechtsstreits durch rechtskräftiges Urteil kann die Rechtshängigkeit wieder aufleben durch Wiederaufnahmeklage. Über Erlöschen der durch Zustellung eines Zahlungsbefehls eingetretenen Rechtshängigkeit s. §§ 637, 641. Über Erlöschen der Rechtshängigkeit eines im Urteil übergangenen Anspruchs s. Bem. Nr. 4 zu § 292. — Ist ein rechtshängig gewordener Anspruch teilbar, so kann die Rechtshängigkeit des Anspruchs teilweise erlöschen.

3. Die Rechtshängigkeit hat prozessualische und materiellrechtliche Wirkungen. Wegen der materiellrechtlichen s. § 239. Als prozessualische Wirkungen sind in § 235 folgende angeführt:

I. Jede der Parteien des anhängigen Prozesses kann die Einrede der Rechtshängigkeit (exceptio rei in iudicium deductae, exceptio litis pendentis) erheben, wenn von dem Gegner die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird. [Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 358 ff. bestreitet mit unstichhaltigen Gründen, daß die Einrede infolge der Erhebung einer Widerklage zustehe. Dagegen Schollmeyer a. a. O. S. 14 ff. Replik von Lippmann Arch. f. c. Pr. LXXI S. 291 ff.]

Die E. d. R. beschränkt sich, wie die Einrede der abgeurteilten Sache, auf die Prozeßparteien und diejenigen Rechtsnachfolger der Parteien, denen die Einrede der abgeurteilten Sache entgegengesetzt werden kann (vgl. Bem. Nr. 4 zu litt. e zu § 236). Sie erstreckt sich aber nicht auf andere Personen, denen gegenüber das Urteil etwa Rechtskraftwirkungen hat [vgl. Planck I S. 274 N. 20]. Wie die Einrede der abgeurteilten Sache sich nur auf das materielle Recht bezieht, über welches entschieden worden ist, so kann die Einrede der Rechtshängigkeit nur erhoben werden, wenn dieselbe Streitsache, welche rechtshängig ist, anderweit anhängig gemacht wird. Die Identität der Streitsache ist zunächst nach der Identität des im Streit befangenen materiellen Rechts zu beurteilen (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 293). Fehlt diese, dann keine Einrede der Rechtshängigkeit. Da aber dasselbe materielle Recht möglicherweise durch verschiedenartige Prozeßhandlungen (Leistungsklage, Feststellungsklage, Klage im Urkundenprozeß, Zustellung des Zahlungsbefehls, Arrestantrag) zum Streitgegenstand werden kann, so fragt es sich, ob die Einrede der Rechtshängigkeit sich auf den Fall gleichartiger Prozeßaktion beschränkt oder auf ungleichartige Prozeßaktion sich erstreckt.

a) Ist zufolge einer Leistungsklage ein Rechtsstreit anhängig, so ist die Einrede der Rechtshängigkeit begründet gegenüber der positiven und negativen Feststellungsklage bezüglich

des Rechtsverhältnisses, über dessen Bestehen oder Nichtbestehen zufolge der Leistungsklage zu entscheiden ist; nicht aber bezüglich eines für die Entscheidung über die Leistungsklage etwa präjudiziellen Rechtsverhältnisses, dessen Feststellung nicht gemäß § 253 beantragt ist.

b) Ist zufolge einer Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses ein Rechtsstreit anhängig, so ist die Einrede der Rechtshängigkeit begründet gegenüber der negativen Feststellungsklage bezüglich desselben Rechtsverhältnisses, nicht auch gegenüber einer Leistungsklage aus dem gleichen Rechtsverhältnisse. Die Leistungsklage kann im Feststellungsprozesse durch Klagerweiterung (§ 240 Nr. 2) erhoben werden. Es besteht aber kein Verbot, gesonderte Klage zu erheben. Die Verhandlung über die gesonderte Klage kann nach § 139 mit Rücksicht auf den Feststellungsprozeß ausgesetzt werden.

c) Ist zufolge einer Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ein Rechtsstreit anhängig, so ist die Einrede der Rechtshängigkeit begründet gegenüber der positiven Feststellungsklage. Gegenüber der Leistungsklage des Beklagten kann die Einrede der Rechtshängigkeit nicht erhoben werden [AM. teilweise Kohler a. a. O. S. 36 N. ***]. Der Beklagte kann im Feststellungsprozeß Widerklage auf Leistung erheben. Aber er ist nicht genötigt, seinen Anspruch widerklagweise geltend zu machen; er kann sich auf die Behauptung des Rechtsverhältnisses beschränken und die Geltendmachung seines Anspruchs gesonderter Klage vorbehalten. Erhebt er gesonderte Klage vor Beendigung des Feststellungsprozesses, so kann die Aussetzung (§ 139) angeordnet werden.

d) Aus dem Rechtsstreite, welcher zufolge Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde anhängig ist, kann die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der Klage auf Feststellung der Unechtheit erhoben werden und umgekehrt. Nicht kann aus derartigen Prozessen die Einrede der Rechtshängigkeit gegen eine Leistungsklage des Klägers oder Beklagten erhoben werden, selbst wenn für den Anspruch die Echtheit der Urkunde präjudiziell ist [vgl. Kohler a. a. O.]. Aussetzung nach Analogie des § 139 ist im Prozesse über den Anspruch möglich.

e) Erhebung einer Klage im Urkundenprozeß steht der Erhebung einer Klage im ordentlichen Prozeß hinsichtlich der Einrede Rechtshängigkeit gleich. [So auch Briegleb Ex. Proz. S. 106, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 24, Wach I S. 217, Stein Urk.Proz. S. 291. AM. ROHG. Entsch. XII S. 210 auf Grund einer jedenfalls für den Urk.Proz. der D. CPrO. unzutreffenden Auffassung der Natur des Exekutivprozesses.] Es kann also vom Urkundenprozeß die Einrede der Rechtshängigkeit gegen die Klage im ordentlichen Prozeß hergeholt werden und umgekehrt. Auch bezüglich der in litt. a—d ent- entwickelten Sätze über das Verhältnis von Feststellungs- zu Leistungsklagen steht die Leistungsklage im Urk.Proz. gleich der Leistungsklage im ordentl. Prozeß. Es ergiebt sich daraus insbesondere, daß ein negativer Feststellungsprozeß, in welchem der Beklagte nicht als Leistungswiderkläger auftrat, die Einrede der Rechtshängigkeit nicht gegenüber einer im Urk.Proz. erhobenen Leistungsklage des Beklagten begründet. [AM. Stein a. a. O. S. 291 ff., wo auch ältere Litteratur und Rechtspr. angegeben. Vgl. a. RG. 16. Sept. 1886 Entsch. XVII Nr. 178 S. 326, wo im Ergebnis richtig entschieden ist, insofern die Einr. d. Rechtsh. im Urk.Proz. abgewiesen wurde; die Begründung mit der Illiquidität der im Feststellungsprozesse vorgebrachten Einreden ist freilich falsch.]

f) Die Zustellung des Zahlungsbefehls steht der Erhebung einer Leistungsklage im ordentlichen Prozeß hinsichtlich der Einrede der Rechtshängigkeit gleich. Nur eine Eigentümlichkeit gilt im Mahnverfahren: der in den Fällen des § 637 und des § 640 bei dem Landgericht erhobenen Klage kann die Einrede der Rechtshängigkeit aus dem Mahnverfahren nicht entgegengesetzt werden.

g) Die Rechtshängigkeit eines Arrest oder einstweilige Verfügung betreffenden Ver-

fügung betreffenden Verfahrens berechtigt nicht zur Einrede der Rechtshängigkeit in einem die Hauptsache (im Sinne des § 806) betreffenden Prozesse und umgekehrt [vgl. Planck I S. 274, RG. 1. April 1885 Entsch. XIII Nr. 94 S. 362].

h) Die Einrede der Rechtshängigkeit kann nicht erhoben werden, wenn ein klageweise geltend gemachter Anspruch compensando in einem anderen Prozesse geltend gemacht wird. Dies ergiebt sich aus l. 8 D. de compens. 16, 2. Das Gericht wird anordnen, daß die Verhandlung des Prozesses, in welchem die Kompensation verlangt wird, bis zur Erledigung des Prozesses, in welchem die Forderung eingeklagt ist, ausgesetzt werde (§ 139); es wäre denn, daß das Gericht die Kompensationsforderung gemäß § 136 Abs. 2 ad separatum verwiese, womit dieselbe aus diesem Prozeß ausgeschieden ist. Prinzipiell ist aber auch möglich, daß das Gericht, bei welchem die Forderung compensando geltend gemacht ist, über dieselbe entscheidet, welche Entscheidung dann in dem anderen Prozesse die exc. rei iud. begründet (§ 293 Abs. 2). [Über die Kompensation mit rechtshängigen Forderungen vgl. Hasse Arch. f. c. Pr. VII S. 169 ff., Krug Kompensation S. 250 ff., Dernburg Komp. 2. Aufl. S. 535 ff., Eisele Komp. S. 332, 368 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 459, Schollmeyer Kompensationseinrede S. 52 ff., Planck I S. 274. Vgl. a. Mot. S. 187.]

Über die Einrede der Rechtshängigkeit auf Grund eines im Ausland anhängigen Prozesses s. Bem. Nr. 8 zu § 661.

Über die prozessualische Behandlung der Einrede der Rechtshängigkeit s. § 247 Nr. 3 und § 248. Die Einrede ist verzichtbar, kann daher nach § 247 Abs. 3 präkludiert werden. Wird die Einrede nicht vorgebracht, so kann über dieselbe Streitsache in mehreren Prozessen verhandelt und entschieden werden. Die rechtskräftige Entscheidung in dem einen Prozesse kann in dem andern zur exceptio rei iud. benutzt werden, auch wenn die Einrede der Rechtshängigkeit präkludiert war. Ist dies nicht geschehen, so können widersprechende Entscheidungen herauskommen. War das frühere Urteil der Partei nicht bekannt, so kann sie das spätere Urteil durch Restitutionsklage anfechten (§ 543 Nr. 7a). Ist dies nicht der Fall, so gilt das spätere Urteil [vgl. Kohler Ztschr. f. d. CPr. X S. 470]. Ist hiernach die Rechtshängigkeit der Streitsache nicht von Amtswegen zu berücksichtigen, so ist auch dem Gericht die Befugnis abzusprechen, die Verhandlung wegen Rechtshängigkeit auszusetzen [vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 139).

Im Falle der Konkurrenz mehrerer gleich zuständiger Gerichte ist durch die Rechtshängigkeit für die Dauer derselben die Zuständigkeit der anderen zuständigen Gerichte ausgeschlossen (Nordd. Prot. I S. 62, 63, II S. 536, 561).

II. Veränderungen der für die sachliche oder örtliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts maßgebenden Umstände (z. B. Minderung oder Steigerung des Wertes des Streitgegenstandes, Wechsel des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes) sind einflußlos für die Zuständigkeitsfrage. Das Gericht kann durch solche Veränderungen die Zuständigkeit weder verlieren (sog. perpetuatio fori) noch erlangen. Auch dadurch, daß der Anspruch teilweise eingeräumt und so der streitige Anspruch abgemindert wird, ändert sich die Zuständigkeit nicht. [RG. 18. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 110 S. 392.] Von Veränderung der für die Zuständigkeit maßgebenden Umstände ist die Klagerweiterung zu unterscheiden (vgl. §§ 240 Nr. 2, 467).

III. Der Änderung der Klage kann der Beklagte widersprechen. Vgl. darüber §§ 240, 241. Auf die Widerklage findet das entsprechende Anwendung. Dem steht nicht entgegen, daß bis zum Schlusse der Verhandlung neue Widerklagen stets zulässig sind; denn der Widerbeklagte muß zwar neue Widerklagen über sich ergehen lassen; er kann aber dem Versuche die alte Widerklage umzugestalten, entgegentreten und dadurch bewirken, daß der Gegner, wenn er über die alte Widerklage nicht mehr verhandeln will, mit derselben unter Verurteilung,

in die Kosten abgewiesen wird (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 241). [So auch Struckm. Koch N. 1 zu § 240, Wilm. Levy N. 1 zu § 240, Petersen S. 405, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 143. AM. Gaupp II S. 28, Endemann II S. 54, Hellmann Komm. II S. 44, Kleiner II S. 56, Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 68, Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 363.]

4. Die prozessualischen Wirkungen der Rechtshängigkeit Nr. 1 und 3 des § 235 treten auch ein, wenn die Klagerhebung nicht ordnungsmäßig erfolgte, sowie wenn wegen Mangels einer anderen Prozeßvoraussetzung ein Urteil in der Hauptsache nicht erfolgen kann. Dies folgt daraus, daß diese Wirkungen ihre Spitze gegen den Kläger richten und daß dieser sich, solange der Prozeß nicht erledigt ist, nicht auf die Ungültigkeit seiner eigenen Klagerhebung berufen darf. Daher kann insbesondere der Einrede der Rechtshängigkeit (Nr. 1) die Behauptung, daß die Klage nicht richtig oder nicht bei dem zuständigen Gericht erhoben sei, nicht entgegengesetzt werden [vgl. a. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 281 ff.].

§ 236.

Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der andern Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu cedieren.

Die Veräußerung oder Cession hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt der Rechtsnachfolger als Nebenintervenient auf, so findet der § 66 keine Anwendung.

Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar.

Mot. S. 189, 190. KPr. S. 75, 535.

1. Litteratur: Über das frühere gem. Recht vgl. Wetzell Syst. § 6 bei N. 14 ff. (S. 26), § 14 bei N. 38 ff. (S. 123 ff.), Windscheid Pand. I § 125 Nr. 1, Vangerow I § 160 N. V. Bei diesen s. Angaben über die ältere Litteratur, aus welcher Zimmermann Arch. f. c. Pr. XXXV S. 431 ff., XXXVI S. 49 ff., Arch. f. pr. RW I S. 3 ff., Friedenthal de rer. lit. alienatione (Berl. 1849) hervorzuheben. Über das Recht der CPrO.: Arndt Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 322 ff., Warmuth Ztschr. f. R. u. LR. V S. 53 ff., Zimmermann Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 808 ff., Dernburg Pr. PrR. I § 132, Pand. I § 155, Eccius (Förster) Pr. PrR. I § 99 V 5. Aufl. S. 668 ff. (gegen Eccius Behrend Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 458), Wach Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 779 ff., Kohler Ztschr. f. d. CPr. XII S. 97 ff.

2. Der Abs. 1 des § 236 hat nur derogatorische Bedeutung; er beseitigt das aus dem römischen in das gem. deutsche Recht übergegangene (in seiner Geltung übrigens bestrittene), dem preuß. und franz. Recht fremde Verbot der Veräußerung der res litigiosa und der actio litigiosa, natürlich samt den (übrigens in Deutschland niemals recipierten) Strafbestimmungen der l. 4 C. 8, 37. An Stelle der vom röm. Recht geschaffenen Schutzmaßregel der Parteien treten die in den Abs. 2 und 3 enthaltenen positiven Vorschriften über das Verhältnis des anhängigen Prozesses zu der Veräußerung der r. l. und der a. l., welche Vorschriften dann wieder durch die §§ 237, 238 modifiziert werden. Die Vorschriften der Abs. 2 und 3 des § 236 sind nachgebildet der preuß. AGO. I 7 § 48 (cf. ALR. I 11 § 383) I 24 § 9 (vgl. nordd. Prot. I S. 562 ff.); sie enthalten in der Hauptsache Rechtssätze, welche sich bereits im gem. deutschen Prozesse durch Umgestaltung der römisch-rechtlichen Sätze gewohnheitsrechtlich ausgebildet hatten [vgl. Zimmermann Arch. f. c. Pr. XXXVI S. 59 ff.].

3. Die positiven in Abs. 2 und 3 enthaltenen Bestimmungen des § 230 setzen voraus, daß die „in Streit befangene Sache" veräußert oder „der geltend gemachte Anspruch" cediert ist.

a) Der Begriff „einer in Streit befangenen Sache" ist ein weiterer als der Begriff einer res litigiosa in den römischen, das Veräußerungsverbot betreffenden Rechtsnormen gefaßt wurde. Jede körperliche Sache ist im Streit befangen, in Bezug auf welche in kondemnatorischer oder Feststellungsklage ein dingliches Recht (Eigentum, ius in re aliena, insbesondere auch Pfandrecht) geltend gemacht ist. Auch die actio Publiciana und die Besitzesklagen begründen die Litigiosität; desgleichen die sog. actiones in rem scriptae einschließlich des interd. quod vi aut clam, die Klage aus operis novi nunc., die a. aquae pluv. arc. [vgl. Zimmermann Arch. f. c. Pr. XXXVI S. 59 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 810 ff.] und die moderne Anfechtungsklage. Die her. petitio begründet Litigiosität der hereditas, nicht der einzelnen Erbschaftssachen. Dagegen wird durch eine Klage aus einem Obligationsverhältnisse, in welcher Herausgabe oder Überlieferung einer Sache verlangt wird, die Sache selbst nicht berührt und daher nicht Litigiosität begründet [vgl. Zimmermann a. a. O. S. 812, Kohler a. a. O. S. 121]. — Auf die sog. Immaterialrechte (Autor-, Patentrechte ꝛc.) findet das entsprechende Anwendung.

b) „Im Streite geltend gemacht" ist der Anspruch, bezüglich dessen Klage oder Widerklage rechtswirksam erhoben ist.

c) Die Litigiosität der Sachen und der Ansprüche dauert vom Beginn bis zum Ende der Rechtshängigkeit. Über Beginn und Ende der Rechtshängigkeit vgl. Bem. Nr. 2 zu § 235. Nur für die zwischen diesen Zeitpunkten liegenden Veräußerungen gelten die Vorschriften des § 236 Abs. 2 und 3.

d) Veräußerung einer im Streit befangenen Sache ist jede nicht durch Universalsuccession erfolgende, totale oder partielle, translative oder konstitutive Übertragung von dinglichem Recht oder Besitz an derselben. Veräußerung eines im Streit befangenen Anspruchs ist jede Cession desselben, aber auch trotz dem Wortlaut des Gesetzes die Bestellung von Pfandrecht oder Quasiususfruktus an der Forderung. — Nicht bloß bei freiwilliger, sondern auch bei einer ohne Willen des Autors eintretenden Veräußerung (z. B. bei Expropriation, Pfändung und Versteigerung im Wege der Zwangsvollstreckung ꝛc.) gelten die Vorschriften des § 236 Abs. 2 und 3. Waren die unfreiwilligen Veräußerungen von dem röm. Verbote der Veräußerung eximiert, so ist das kein Grund, um die Anwendbarkeit der auf anderer Grundlage beruhenden Sätze der CPrO. zu verneinen [vgl. Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 241. AM. Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 78].

4. Unter den in Bem. Nr. 3 erörterten Voraussetzungen gelten folgende Regeln:

a) Die Veräußerung bzw. Cession hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Prozeß geht unter den bisherigen Parteien weiter. Die Partei, von welcher aus die Veräußerung stattfand, kann sich nicht zu ihren Gunsten auf die Veräußerung berufen. Aber auch dem Gegner ist verwehrt, die Legitimation des Gegners mit Rücksicht auf die Veräußerung zu bestreiten. Daraus, daß im Schlußsatze des § 238 die Bestreitung der Sachlegitimation für den daselbst behandelten Fall besonders zugelassen ist, folgt per arg. a contr., daß in den anderen Fällen der Gegner die Sachlegitimation nicht mit Rücksicht auf die Veräußerung bestreiten darf. Wird der Beklagte verurteilt, so ist er zur Leistung an den ursprünglichen Kläger, nicht an dessen Rechtsnachfolger, zu verurteilen. Die Wirkung der Veräußerung beschränkt sich auf den Veräußerer und den Rechtsnachfolger. Dem Prozeßgegner gegenüber ist die Veräußerung auch civilistisch wirkungslos. [Vgl. Gaupp II S. 33 f. AM. Eccius a. a. O., sowie Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 4 b, welche

annehmen, daß der Kläger zwar Prozeßpartei bleibe, aber die Verurteilung zur Leistung an seinen Rechtsnachfolger beantragen müsse. Anders Wach a. a. O., welcher zwar der Meinung Eccius' entgegentritt, aber Einwände aus Dispositionsakten des Cessionars und im Vollstreckungs-stadium auch die Bestreitung der Sachlegitimation zuläßt. Gegen Eccius und die letzterwähnte Ansicht Wachs s. Behrend a. a. O. Wieder anders Kohler a. a. O., welcher annimmt, daß der Bekl. zur Leistung an den Cessionar verurteilt werden könne (nicht müsse) und die Stellung des Veräußerers in dem Prozesse als ein eigenartiges, „Prozeßstandschaft" genanntes Verhältnis zu bestimmen sucht.]

b) Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen. Ebensowenig ist er auf Antrag des Gegners dazu verpflichtet. Ausnahme nach beiden Richtungen: § 237. Wenn jedoch die beiden bisherigen Prozeßparteien und der Erwerber der res oder actio litigiosa in mündlicher Verhandlung ihr Einverständnis darüber erklären, daß der Rechtsvorgänger aus dem Prozesse ausscheide und der Nachfolger an seiner statt in den Prozeß eintrete, so findet eine der Zustimmung des Gerichts nicht bedürftige Succession in den Prozeß statt. Der Prozeß nimmt dann seinen Fortgang unter den neuen Parteien. Dabei bleiben die Prozeßhandlungen der ausgeschiedenen Partei für die neu eingetretene maßgebend. Ist über die Kosten des bisherigen Prozesses nichts verabredet, so ist der Successor auf diese Kosten berechtigt bzw. verpflichtet. — Der Austritt des Veräußerers aus dem Prozesse ohne Vereinbarung ist auch nicht gestattet, wenn der Gegner an dessen Verbleiben im Prozesse kein Interesse hat (Mot. S. 190).

c) Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners eine Hauptintervention (§ 61) zu erheben. Thut er es dennoch, so kann der Gegner die Abweisung der Interventionsklage als prozessualisch unstatthaft (absolutio ab instantia) verlangen. Die Beschränkung der Hauptintervention gilt nicht in den Fällen der §§ 237 und 238.

d) Der Rechtsnachfolger ist gemäß § 63 befugt, zur Unterstützung des Rechtsnachfolgers als Nebenintervenient aufzutreten, ohne der Zustimmung des Gegners zu bedürfen. Seine Stellung würde wegen Abs. 3 des § 236 nach § 66 zu beurteilen sein, wenn nicht das Gegenteil in Abs. 2 bestimmt wäre; diese Bestimmung bezweckt, die Durchführung des Verbots der Prozeßübernahme zu sichern. Die Rechte des Nebenintervenienten sind also in diesem Fall nach § 64 zu bemessen. Die Bestimmung des § 236 über die Stellung des Nebenintervenienten gilt nicht im Falle des § 237, wohl aber im Falle des § 238.

e) Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst — d. i. wenn und soweit sie über den Anspruch oder das festzustellende Rechtsverhältnis einen Spruch enthält — nicht aber, wenn sie die Klage aus prozessualischen Gründen zurückweist, und nicht bezüglich des Kostenpunktes gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar. Der Gegner kann also auch dem Rechtsnachfolger gegenüber auf die rechtskräftig gewordene Entscheidung die exceptio rei iudicatae stützen. Folglich ist bezüglich des in dem Prozesse rechtshängig gewordenen Anspruchs oder Rechtsverhältnisses vor der rechtskräftigen Entscheidung die exceptio litis pendentis gegen und für den Rechtsnachfolger begründet [so auch Gaupp II S. 31, Gerbaulet Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 803, OLG. Braunschweig SA. XXXVI Nr. 252]. — Das Urteil unter den ursprünglichen Parteien kann in der Hauptsache gegen den Rechtsnachfolger vollstreckt werden; es bedarf der Umstellung der Vollstreckungsklausel, vgl. §§ 665 bis 667, 670, 687, 704 Abs. 3.

In der CPO. ist nicht direkt ausgesprochen, daß die Entscheidung auch für den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar sei. Gleichwohl ist anzunehmen, daß der Successor aus der zu Gunsten seines Auktors ergangenen Entscheidung die exc. rei iud. für sich herleiten, auch diese Entscheidung, nachdem er die Umstellung der Vollstreckungsklausel gemäß § 665 bis

667 auf seinen Namen erwirkt hat, zu seinen Gunsten vollstrecken lassen kann. Die Ausdehnung der Rechtskraft einer günstigen Entscheidung auf den Successor ist logische Konsequenz der Rechtskraft der ungünstigen Entscheidung; eine und dieselbe Entscheidung kann teilweise zu Ungunsten und teilweise zu Gunsten des Auktors lauten; eine solche Entscheidung teilweise gegenüber dem Successor gelten zu lassen und teilweise nicht, ist unmöglich. Auch dürfte sich [entgegen der von v. Savigny Syst. VI S. 470 f. und Windscheid Pand. II § 132 N. 3 vertretenen Meinung] schon für das frühere gem. Recht die Ausdehnung der exc. rei iud. auf diejenigen Singularsuccessoren der Parteien ergeben, deren Succession nach dem Prozeßbeginn, wenn auch vor dem Urteil erfolgte [vgl. l. 11 § 9 und 10 D. de exc. rei iud. 44, 2, Zimmermann Arch. f. c. Pr. XXXVI S. 57, Dernburg Pand. I § 155 N. 7, § 164 N. 5]. Daß der Successor, auch wenn seine Succession vor dem Urteile liegt, die Umstellung der Vollstreckungsklausel auf seine Person und damit die Vollstreckung des zu Gunsten des Auctors ergangenen Urteils verlangen kann, folgt daraus, daß in § 665 nicht zwischen Succession vor und nach dem Urteil unterschieden wird, ferner aus der Natur der Succession als Eintritt in die Rechtsstellung des Vorgängers und aus dem Begriff des Urteils als bloßer Deklaration dieser Rechtsstellung [vgl. a. Gaupp II S. 32, Wilm. Levy N. 4, RG. 12. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 100 S. 333].

Ausnahmen von der Ausdehnung der Rechtskraft enthält § 238.

4. Auf Schuldübernahme bezieht sich § 236 nicht [RG. 29. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1113].

§ 237.

Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtes, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem dritten ein Rechtsstreit anhängig, so ist im Falle der Veräußerung des Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.

Mot S. 187–191. KPr. S. 59, 530.

1. Die Motive bemerken, daß § 237 „der schon im römischen Recht (vgl. Wetzell Ausg. III S. 44 N. 8) zum Ausdrucke gebrachten Anschauung, daß das Grundstück als das berechtigte oder verpflichtete Subjekt und der Besitzer (Eigentümer, Vasall, Erbpächter u. s. w.) als dessen Vertreter anzusehen sei, kongruiere (vgl. norbd. Prot. II 570, 521)".

2. § 237 bezieht sich auf alle Rechtsstreite (konfessorische und negatorische), in welchen Grunddienstbarkeiten, persönliche Dienstbarkeiten zu Lasten eines Grundstücks, Emphyteuse, Superfizies, Hypothekenrechte, Lehensrechte oder obligatorische, an das Eigentum oder den Besitz einer unbeweglichen Sache geknüpfte Rechte und Lasten, z. B. die Ansprüche des Grundeigentümers und gegen den Grundeigentümer nach den Regeln über die a. aquae pluv. arc. [vgl. Burckhard die a. a. pl. a. S. 403 N. 49], Ansprüche aus Reallasten, Bodenzinsen &c. geltend gemacht oder bestritten werden. „Besitzer" ist hier nicht gegensätzlich zu Eigentümer zu verstehen, bezeichnet vielmehr zunächst den Eigentümer und umfaßt alle durch ihr Verhältnis zur Sache, sei dies Eigentum oder publicianischer Besitz oder Erbpacht oder gutgläubiger Besitz &c. &c., aktiv oder passiv zum Prozeß Legitimierten.

3. Der Rechtsnachfolger ist unabhängig von der Einwilligung seines Auktors und des Gegners berechtigt, den Rechtsstreit zu übernehmen. Will er von diesem Rechte Gebrauch machen, so muß er dies in einem Termin zur mündlichen Verhandlung erklären. [AM.

Kohler Ztschr. f. d. CPr. XII S. 131.] Ist ein Termin z. m. V. bereits bestimmt, so kann der Rechtsnachfolger die Übernahme des Prozesses in diesem Termine erklären. Ist kein Termin bestimmt, so kann der Rechtsnachfolger einen Termin zur Abgabe jener Erklärung und weiteren Verhandlung bestimmen lassen und die beiden Prozeßparteien dazu laden. In dem einen wie in dem anderen Falle ist für den Anwaltsprozeß die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem die Absicht des Eintritts in den Prozeß angekündigt wird, instruktionell geboten. Wird in dem Termine, in welchem der Rechtsnachfolger die Übernahme des Prozesses erklärt, von den beiden bisherigen Parteien die Succession zugestanden, so bedarf es keiner Entscheidung; der Successor führt den Prozeß in der Rechtslage, in welcher derselbe zur Zeit seines Eintritts sich befindet, weiter. Wird die Succession bestritten, so liegt ein Streit vor, welcher mit Hauptintervention Ähnlichkeit hat. Es ist ein Streit über materielles Recht, daher kein Zwischenstreit [vgl. Kohler a. a. O. S. 135 f. AM. Schollmeyer Zwischenstreit S. 115 ff.]. Die Entscheidung, welche das Begehren des dritten, den Prozeß übernehmen zu dürfen, abweist, ist als Aberkennung der legitimatio ad causam Endurteil, daher selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar. Die Entscheidung, welche die Übernahme gestattet, ist gegenüber dem Veräußerer Endurteil, weil sie ihm die legit. ad causam abspricht; gegenüber dem Gegner aber Zwischenurteil, weil sie nur einen Teil des Prozeßstoffs erledigt. Der Veräußerer kann also das Urteil selbständig anfechten, der Gegner erst mit dem Endurteil. Erscheint in dem Termine, für welchen der Rechtsnachfolger die Erklärung, den Prozeß übernehmen zu wollen, angekündigt hat, der Rechtsnachfolger nicht, so ist gegen ihn kein Versäumnisurteil möglich; denn es ist noch kein Antrag da, welcher abgewiesen werden könnte. Erscheint in jenem Termine der Gegner nicht, so ist auf Antrag des Rechtsnachfolgers unter Annahme des Zugeständnisses der Rechtsnachfolge Versäumnisurteil gegen den Gegner zu erlassen. Dieses Versäumnisurteil ergeht, wenn nach der Prozeßlage noch Versäumnisurteil zur Hauptsache möglich ist, als Versäumnisurteil zur Hauptsache nach § 295 bzw. § 296 [vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 114, Troll Versäumnisurteil S. 159 N. 1].

4. Der Rechtsnachfolger ist auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit zu übernehmen. Will der Gegner den Rechtsnachfolger dazu nötigen, so muß er denselben zu einem Termin (Ladungsfrist!) zur mündlichen Verhandlung laden unter Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem er unter Behauptung der Rechtsnachfolge Antrag zur Sache gegen ihn stellt. [AM. Kohler S. 140.] Bestreitet der als Rechtsnachfolger Geladene in diesem Termine die Rechtsnachfolge nicht, so wird der Rechtsstreit gegen denselben fortgesetzt; Entlassung des Auktors aus dem Prozesse wird nicht ausgesprochen. Bestreitet der Geladene die Rechtsnachfolge, so liegt ein Zwischenstreit vor; für dessen Entscheidung gilt das in Bem. Nr. 3 Gesagte in entsprechender Anwendung. Die Entscheidung, welche die Verpflichtung des Rechtsnachfolgers zur Übernahme des Prozesses verneint, ist Endurteil, daher selbständig mittels Berufung und Revision anfechtbar; die Entscheidung, welches die Verpflichtung bejaht, ist im Verhältnis zwischen dem Successor und dem Gegner Zwischenurteil, daher nicht selbständig, sondern erst mit dem Endurteile anfechtbar [RG. 26. April 1884 Entsch. XI Nr. 72 S. 318]. Versäumt der zur Übernahme des Prozesses Geladene den Termin, so ist auf Antrag des Gegners unter Annahme des Zugeständnisses der Rechtsnachfolge Versäumnisurteil zur Sache (nicht Versäumniszwischenurteil über die Verpflichtung zur Prozeßübernahme!) zu erlassen. Bleibt der Gegner, welcher zur Übernahme des Prozesses geladen hat, aus, so kann der Rechtsnachfolger den Prozeß durch seine Erklärung im Termin übernehmen und gegen den Gegner Versäumnisurteil zur Sache erlangen.

5. Von dem Zeitpunkt an, wo der Rechtsnachfolger freiwillig oder gezwungen den

Rechtsstreit übernimmt, hört der Auktor desselben auf, Prozeßpartei zu sein. Der Rechtsstreit wird auf den Namen des Rechtsnachfolgers fortgeführt. Die Entscheidung hat nicht Rechtskraft gegen den Auktor. Auch im Kostenpunkte ist das Urteil auf den Rechtsfolger zu stellen. Wird der Rechtsnachfolger in die Kosten verurteilt, so haftet er dem Gegner und der Staatskasse auch für Ersatz der Kosten der früheren Periode. An den Ausgeschiedenen kann sich der Gegner nicht halten, wenn er die Übernahme des Prozesses beantragt oder in dieselbe eingewilligt hat. Erfolgt die Übernahme gegen seinen Willen, so ist ein Anspruch auf die Kosten der früheren Prozeßperiode gegen den Ausgeschiedenen begründet, weil ein dritter nicht gegen den Willen des Gläubigers an Stelle des ursprünglichen Schuldners gesetzt werden kann. Die prozessuale Feststellung dieses Anspruchs gegen den Ausgeschiedenen kann nur in einem besonderen Prozesse erfolgen (vgl. nordd. Prot. S. 568, 775).

Fand in den Fällen des § 237 eine Succession in den Prozeß nicht statt, so tritt die Regel des § 236 Abs. 3 ein.

§ 238.

Die Bestimmungen des § 236 Abs. 3 und des § 237 kommen insoweit nicht zur Anwendung, als ihnen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb beweglicher Sachen, über den Erwerb auf Grund des Grund- oder Hypothekenbuchs und über den Erwerb in gutem Glauben entgegenstehen. In einem solchen Falle kann dem Kläger, welcher veräußert oder cediert hat, der Einwand der nunmehr mangelnden Sachlegitimation entgegengesetzt werden.

Mot. S. 187—189, 191, 192. KPr. S. 61—63, 530.

1. Litteratur: Gerbaulet Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 803 ff., Kohler Ztschr. f. d. CPr. XII S. 145 ff. — Die ausnahmslose Durchführung der Bestimmungen des § 236 Abs. 3 und des § 237 würde zu einer Kollision führen mit den Vorschriften des materiellen Rechts, welche darauf hinauslaufen, daß der Erwerb von beweglichen oder unbeweglichen Sachen und von Rechten unter gewissen Voraussetzungen unabhängig von einem Mangel im Rechte des Auktors sein soll, sowie nicht minder zur Kollision mit solchen Vorschriften, welche dem gutgläubigen Erwerber gewisse Rechtspositionen unabhängig von dem Rechte des Auktors gewähren. § 238 bestimmt daher, daß § 236 Abs. 3 und § 237 insoweit cessieren, als ihnen entgegenstehen:

a) Vorschriften des materiellen Rechts über den Erwerb beweglicher Sachen. Hieher gehören die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche auf dem Grundsatze „Hand wahre Hand" beruhen. Solche enthalten HGB. Art. 306, 307 [vgl. Goldschmidt Handb. des Handelsrechts I S. 802 ff. und Ztschr. f. d. ges. HR. VIII S. 225 ff., IX S. 1 ff., S. 269 ff., XVIII S. 337 ff.], preuß. ALR. I 15 §§ 42 ff., I 2 § 138 C. c. art. 2279. Die Vorschrift der l. 2, 3 C. de quadr. praescr. 7, 37 über den Rechtserwerb bei Veräußerungen des Fiskus und des Landesherren ist nicht hieher zu rechnen.

b) Vorschriften des materiellen Rechts über den Erwerb auf Grund des Hypothekenbuchs, z. B. preuß. Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 §§ 1, 4, 7, 9, 11, 18, 38; preuß. Grundbuchordnung vom gleichen Datum in den §§ 19, 46; bayer. Hypothekengesetz v. 1. Juni 1822 §§ 1, 9—15, 21, 25, 26; bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen §§ 276, 387, 429; württemb. Pfandgesetz 1825 Art. 57, 65 ff., 72, 74 ff., 88; rev. Stadtbuchordnungen für Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz v. 21. Dezember 1857 §§ 36, 37; mecklenb. Hypothekenordnung für ritterschaftliche Landgüter v. 12. Nov. bzw. 22. Dez. 1819, revidiert

v. 18. Okt. 1848, § 8; großh. sächs. Gesetz über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken v. 27. Mai 1809 §§ 207—209.

c) Die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben, z. B. die Bestimmung des preuß. Rechts (ALR. I 15 §§ 24—26, 44), daß der gutgläubige Erwerber einer Sache zur Herausgabe derselben nur gegen Ersatz des ausgelegten Kaufpreises verpflichtet ist.

2. Soweit es nach diesen Vorschriften für den Erwerb beweglicher oder unbeweglicher Sachen auf einen Mangel in dem Rechte des Auktors nicht ankommt, wird der Erwerber durch den von seinem Auktor geführten Prozeß über die erworbene Sache oder den erworbenen Anspruch nicht berührt. Soweit ferner nach jenen Vorschriften die Herausgabe der Sache nur gegen Ersatz des Kaufpreises gefordert werden kann, wird dieses Beneficium dem gutgläubigen Erwerber nicht dadurch entzogen, daß sich die Sache im Streite befand [vgl. Entsch. des preuß. OTr. XXX S. 204]. Insoweit cessiert Abs. 3 des § 236 [vgl. Kohler a. a. O. S. 149]. Wenn die Erstreckung der Rechtskraft cessiert, so cessiert auch die Einrede der Rechtshängigkeit; der Erwerber kann noch vor Beendigung des Prozesses zwischen seinem Auktor und dem Gegner von letzterem belangt werden und gegen letzteren klagen, ohne daß die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden könnte.

3. Soweit die angeführten Vorschriften des bürgerlichen Rechts dem Erwerber eine von dem Rechte des Auktor unabhängige Rechtsstellung gewähren, cessiert auch § 237. Der Erwerber ist also weder berechtigt noch verpflichtet, unter den Voraussetzungen des § 237 den Prozeß zu übernehmen. Wenn nur die Pflicht, nicht auch die Berechtigung zur Prozeßübernahme cessierte, so könnte der Gegner genötigt werden, den Prozeß mit einer Partei fortzuführen, welche selbständige, von den Rechten des Auktor unabhängige Rechte geltend machte.

4. Der erste Satz des § 236 Abs. 2 ist modifiziert durch den Schlußsatz des § 238. Insoweit, als die in § 238 erwähnten Vorschriften der Anwendung des § 236 Abs. 3 im Wege stehen, kann der Beklagte dem Kläger, welcher veräußert oder cediert hat, den Einwand entgegensetzen, daß er jetzt nicht mehr zur Sache legitimiert sei. Dieser Einwand führt, da das Recht des Klägers im Zeitpunkte der Urteilsfällung vorhanden sein muß, zur Abweisung der Klage durch Endurteil. — Die Worte „welcher veräußert hat" beziehen sich auch auf die Veräußerung von Inhaberpapieren (vgl. HGB. Art. 307) und auf Wechselindossierung; die Worte „welcher cediert hat" auf Cession von Hypotheken- und Grundschuldforderungen. Auf Wechselcession bezieht sich der ganze § 238 nicht, weil dem Wechselcessionar alle Einreden aus der Person des Cedenten entgegen stehen.

Wird seitens des Beklagten der Einwand der mangelnden Sachlegitimation nicht erhoben, so geht der Prozeß weiter, wie wenn keine Veräußerung stattgefunden hätte.

Nicht berührt sind die Vorschriften in Satz 2 und 3 des Abs. 2 des § 236: „Der Rechtsnachfolger ꝛc. — bis — Anwendung." Dieselben gelten also auch in den Fällen des § 238.

5. Die in § 238 enthaltenen Beschränkungen der Vollstreckbarkeit des Urteils gegen den Rechtsnachfolger kommen auch zur Anwendung, wenn die Veräußerung nach Beendigung des Rechtsstreits stattgefunden hat. Vgl. § 665.

§ 239.

Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die sonstigen Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben unberührt. Diese Wirkungen, sowie alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mitteilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung

oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden, treten unbeschadet der Vorschrift des § 190 mit der Erhebung der Klage ein.

Mot. S. 188, 189. KPr. S. 75, 76, 535.

1. Über die Wirkungen des Prozeßbeginns nach gem. Recht vgl. Keller Litiskontestation und Urteil, Wächter Erörterungen 2. u. 3. Heft, Buchka Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis, Savigny Syst. VI S. 48 ff., Wetzell Syst. § 14, Windscheid Pand. I §§ 124—126, 128, v. Vangerow Pand. I § 160, Arndts Pand. § 113 Anm. 4, Puchta Pand. § 96, Sintenis Civilrecht I § 33, Dernburg Pand. I § 154, Unger öst. PrivRecht II §§ 227, 228.

2. Übersicht: a) Vererblichkeit sonst unvererblicher Ansprüche auf die Erben des Berechtigten und des Verpflichteten. b) Unterbrechung der Klagenverjährung. c) Nichteinrechnung der Zeit nach dem Prozeßbeginn in die Ersitzungszeit des Beklagten. d) Steigerung der Ersatzpflicht des Beklagten im Falle des Untergangs oder der Wertminderung der eingeklagten Objekte. e) Steigerung der Haftung des Beklagten für Früchte. f) Haftung für Prozeßzinsen. g) Ausübung eines dem Kläger zustehenden Wahlrechts (der Kläger kann, er muß nicht in der Klage wählen; wählt er in der Klage, so ist das Wahlrecht ausgeübt im Momente der Zustellung der Klage). h) Konzentration des Klagerechts bei aktiver Korrealobligation und in den Fällen der l. 33 D. de leg. I, l. 11 § 21 D. de leg. III. — Die Streitfragen darüber, ob die einzelnen Wirkungen mit der Einreichung der Klageschrift bei Gericht oder mit der Behändigung an den Beklagten oder erst mit der Klagebeantwortung eintreten, sind beseitigt. Nach § 239 treten alle diese Wirkungen mit der Zustellung der Klageschrift ein, unbeschadet der nur für die Wirkungen ad b und c bedeutsamen Vorschrift des § 190.

Der Zeitpunkt der Klagerhebung kommt ferner in Betracht, insoweit der Satz gilt, daß der klägerische Anspruch z. Z. des Prozeßbeginns begründet sein muß. Darüber, inwieweit dieser Satz gilt, s. Windscheid I § 128 Nr. 2, Dernburg Pand. I § 154. Verurteilung muß erfolgen, wenn bei betagten oder bedingten Ansprüchen die Zeit der Erfüllung oder die Bedingung nach der Klagerhebung, aber vor der Urteilsfällung eingetreten ist [RG. 30. Apr. 1880 Entsch. I Nr. 153 S. 425, 6. Okt. 1880 Bl. f. RA. EB. III S. 82, 20. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 124 S. 415; OLG. Braunschweig SA. XXXVII Nr. 152, OLG. Celle eod. Nr. 153].

Die Vorschrift des gemeinen Rechts, daß »qui liti se obtulit«, gleich dem wirklichen Besitzer hafte (l. 45 D. de H. P. 5, 3, l. 25—27 pr. D. de R. V. 6, 1), gehört nicht zu den Wirkungen der Rechtshängigkeit, da erst die dolose Klagebeantwortung jene Wirkung nach sich zieht. Daher kann für Anwendung dieser Vorschrift nicht die Zustellung der Klage maßgebend sein.

3. Die in Betracht kommenden, teilweise modifizierten Bestimmungen des preuß. Rechts sind ALR. I 7 § 222; I 9 §§ 551—556, 603—610; I 11 §§ 158, 1159; I 16 § 71. AGO. I § 48d. Vgl. Dernburg Pr. PrR. I §§ 130, 131, 133, Eccius (Förster) Pr. PrR. I § 51.

§ 240.

Als eine Änderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes

1) die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden;
2) der Klagantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird;

3) statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird.

Mot. S. 187, 188, 232. KPr. S. 79, 540–543.

1. Litteratur: Kühne Verh. d. XIII. Jur.-Tags I S. 216 ff., Kleinschrod über die Klagänderung (1879), Bollinger z. Rev. d. L. v. d. Klagänderung (Zürich 1886), R. Schmidt die Klagänderung (Leipz. 1888), Wach Vortr. S. 140 f., Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 422 ff., Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 409, Westerburg Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 170 ff., Petersen Ztschr. f. d. CPr. III S. 395 ff., Hahn Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 517 ff., Wach eod. S. 769 ff. Geschichtliches bei R. Schmidt a. a. O.

2. Aus den Bestimmungen des § 240 darüber, was nicht als eine ohne Einwilligung des Beklagten unzulässige Klagänderung anzusehen ist, ergiebt sich, daß eine Klagänderung bei jeder Änderung des in der Klage angegebenen Klagegrundes sowie bei jeder nicht unter Nr. 2 und 3 des § 240 fallenden Änderung des Antrags vorliegt. Über Klagegrund s. Bem. Nr. 3 IV zu § 230. Aus der dort vertretenen Deutung von „Klagegrund" folgt: Änderung des Klagegrundes, folglich Klagänderung liegt vor, wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung ein anderes als das in der Klage bezeichnete Rechtsverhältnis als Grund des Anspruchs oder als Gegenstand des Feststellungsantrags geltend macht. Die auf die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde gerichtete Klage wird durch die Urkunde individualisiert; das Überspringen von der in der Klage bezeichneten auf eine andere Urkunde ist Klagänderung. Die Wiederaufnahmeklagen individualisieren sich als Nichtigkeits- und Restitutionsklagen (§ 550); das Überspringen von einer zur anderen ist Klagänderung. Die Klagen in Ehesachen individualisieren sich als Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, Scheidungsklage, Ungültigkeitsklage, Nichtigkeitsklage (s. Bem. Nr. 1 vor § 568); das Übergehen von einer zur andern ist Klagänderung, aber diese ist durch § 574 in gewissem Maße gestattet (vgl. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 574). Keine Klagänderung liegt vor, wenn bei dinglicher Klage ein anderer Erwerbsgrund geltend gemacht wird. [Vgl. die in Bem. Nr. 3 IV zu § 230 cit. Litt. u. Rechtsprechung. Spez. bezügl. der Änderung des Erw. Grundes bei dingl. Klagen: R. Schmidt a. a. O. S. 187 u. 216 für die hier vertret. Ansicht. Dagegen RG. Entsch. X S. 434, XI S. 242, OLG. Celle, Hamburg, Jena SA. XXXVII Nr. 155, XXXIX Nr. 144, XLI Nr. 65]. Es ist keine unzulässige Klagänderung, wenn von positiver Feststellungsklage zu Leistungsklage aus demselben Rechtsverhältnis übergegangen wird [so auch Struckm. Koch N. 4, Weismann Feststell.-Kl. S. 163, Bähr Urt. d. RG. S. 155, Rocholl Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 395, Schollmeyer Kompens. Einr. S. 156, R. Schmidt a. a. O. S. 199] und umgekehrt; keine Klagänderung, wenn von negativer, auf Tilgung einer Schuld durch Kompensation gerichteter Feststellungsklage zur Leistungsklage bezüglich der zur Kompensation verwendeten Forderung übergegangen wird [RG. 27. Jan. 1885 Entsch. XIV Nr. 98 S. 346].

3. a) Zu Nr. 1: Ergänzung und Berichtigung der thatsächlichen Anführungen. Darunter fällt sowohl die Detaillierung bereits aufgestellter als auch die Aufstellung neuer, den Klagegrund nicht verändernder thatsächlicher Behauptungen. Z. B. bei dinglichen Klagen die Angabe des Erwerbsgrundes und die Behauptung eines anderen als des in der Klage angegebenen Erwerbsgrundes; bei einer Klage aus Darlehen die Behauptung des Anerkenntnisses der Schuld; bei einer Klage auf Alimentation auf Grund außerehelichen Beischlafs die Angabe der Zeit, in welcher der Beischlaf stattgefunden hat, oder die Behauptung eines Anerkenntnisses der Vaterschaft oder der Alimentationspflicht. Unter den Gesichtspunkt der Berichtigung fällt nicht bloß die Korrektur von Schreibversehen, Rechnungs-

fehlern und ähnlichen Unrichtigkeiten, sondern jede Umstellung thatsächlicher Angaben, welche ohne Veränderung des Klagegrundes möglich ist, z. B. die Substituirung eines anderen Erwerbsgrundes bei binglichen Klagen, die Angabe eines anderen Datums des Vertragsschlusses bei Vertragsklagen, sofern kein anderes Vertragsverhältnis substituiert wird, die Substituierung eines anderen Anfechtungsgrundes bei Anfechtungsklagen [vgl. Cosack Anfechtungsrecht S. 224] rc. rc. Entscheidungen: War aus Darlehen geklagt, so liegt darin, daß der Kläger nachträglich behauptet, wenn der Beklagte nicht aus dem (mangelhaften) Darlehensgeschäfte hafte, so hafte er doch aus der Bereicherung, keine Klagänderung. RG. 7. März 1883 Entsch. VIII Nr. 22 S. 91. — Keine Klagänderung, wenn in der Klage Darlehen als Schuldgrund angegeben und dies nachträglich dahin erläutert wird, daß der eine Darlehensschuld bezeugende Schuldschein für eine Deliktsschuld ausgestellt sei. RG. 22. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 122 S. 395 (der Entscheidung liegt franz. Civilrecht zu Grunde, wonach Umwandlung jeder Schuld in eine Darlehensschuld möglich ist). — Keine Klagänderung, wenn ein Schadensersatzanspruch aus Gew.-Ordn. § 105, der in der Klage auf das Fehlen einer Schutzvorrichtung gestützt war, nachträglich auf Untauglichkeit der vorhandenen Schutzvorrichtung gestützt wird. RG. 4. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 125 S. 417.

b) Zu Nr. 1: Ergänzung und Berichtigung der rechtlichen Anführungen, das ist der Rechtssätze, auf welche die Klage gestützt wird. Auch Hervorhebung neuer rechtlicher Gesichtspunkte, Veränderung der Rechtsbeduktionen gehört hierher.

c) Zu Nr. 2: Die Erweiterung des Klagantrags (s. Bem. Nr. 3 Ziff. V zu § 230) in der Hauptsache und in Bezug auf Nebenforderungen, soweit dies ohne Änderung des Klagegrundes möglich ist. Es können z. B. weiter verfallende Raten aus demselben Verpflichtungsgrunde, neue Schadensansprüche aus derselben Ersatzverpflichtung, es können Ansprüche auf Zinsen, Früchte, Zuwachs rc., welche als Accessionen der Hauptsache in Betracht kommen, angefügt werden u. s. w. Die Erweiterung kann nicht bloß durch Anfügung neu entstandener Ansprüche geschehen, sondern auch durch Steigerung des ursprünglichen Anspruchs. Z. B. in der Klageschrift werden als angemessene Mitgift 1000 Mark verlangt, der Kläger verlangt im Laufe des Prozesses 2000 Mark. Wegen der dadurch möglichen Kompetenzverschiebung s. § 467. — Nach Anfecht. Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 kann der Konkursverwalter den durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Anfechtungsprozeß an Stelle des Anfechtungsgläubigers aufnehmen und den Anspruch nach den Vorschriften der KO. §§ 30, 32, 34 in Gemäßheit der §§ 240, 491 der CPrO. erweitern.

d) Zu Nr. 2: Die Beschränkung des Klagantrags in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen kann auf teilweisen Verzicht oder auf teilweise Zurücknahme der Klage hinauslaufen. Die Wirkungen des Verzichts sind nach § 277, die Zulässigkeit und die Wirkungen der Zurücknahme der Klage nach § 243 zu beurteilen. Wenn § 240 Nr. 2 bestimmt, daß Beschränkung des Antrags nicht unter den Begriff der ohne Einwilligung des Beklagten zulässigen Klagänderung fällt, so ist damit nicht gesagt, daß die teilweise Zurücknahme der Klage nach Einlassung des Beklagten ohne dessen Einwilligung zulässig ist. Vielmehr kann der Beklagte nach der Einlassung Teilurteil zur Sache verlangen [vgl. Gerbaulet Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 517.] — Die Beschränkung des Klagantrags ändert nichts an der vorhandenen Zuständigkeit (vgl. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 235). — Entscheidung: Ist eine Klage auf Ehescheidung erhoben, so ist der Antrag auf zeitweilige Trennung zulässige Beschränkung des Klagantrags. RG. 29. Mai 1883 Entsch. XI Nr. 110 S. 414.

e) Die Forderung eines anderen Gegenstandes oder des Interesses wegen einer nach der Klagerhebung eingetretenen Veränderung. Wann statt wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert werden

kann, ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen. (Beispiel: Übergang zur Interesseforderung wegen Zerstörung des vindizierten Gegenstandes oder Unmöglichwerden der Leistung durch Schuld des Beklagten.)

Ad a bis e: Indem die vorstehenden Modifikationen von dem Begriff „Klagänderung" ausgenommen sind, sind sie dem Klagänderungsverbot des § 235 Nr. 3 und des § 489 entrückt. Speziell über die Zulässigkeit einer Erweiterung des Klagantrags in der Berufungsinstanz vgl. Bem. Nr. 2 zu § 489; über die dadurch mögliche Kompetenzverschiebung s. Bem. 3 litt. a zu § 491.

4. Für den Fall des Ausbleibens des Beklagten im Verhandlungstermin ergiebt sich aus §§ 296, 300 Nr. 3: a) Der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils gegen den Beklagten ist, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen, zurückzuweisen, wenn dieser Antrag sich auf ergänzende oder berichtigende, dem Beklagten nicht rechtzeitig mitgeteilte thatsächliche Anführungen stützt. Dagegen ist die Ergänzung oder Berichtigung der rechtlichen Ausführungen auch in Abwesenheit des Beklagten zulässig. b) Der Antrag auf Erlassung eines dem in der mündlichen Verhandlung erweiterten oder nach § 240 Nr. 3 veränderten Klagantrage entsprechenden Versäumnisurteils gegen den Beklagten ist, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen, zurückzuweisen, wenn dieser Antrag dem Beklagten nicht rechtzeitig [vgl. RG. Entsch. XV S. 392] mitgeteilt war. Dagegen ist eine Beschränkung des Klagantrags auch in Abwesenheit des Beklagten möglich.

5. Die Bestimmungen des § 240 finden auf die Widerklage entsprechende Anwendung.

§ 241.

Die Einwilligung des Beklagten in die Änderung der Klage ist anzunehmen, wenn derselbe, ohne der Änderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat.

Mot. S. 187, 188, 232. KPr. S. 79, 543.

1. In erster Instanz ist jede Klagänderung gestattet, wenn der Beklagte einwilligt (§ 235 Nr. 3). Die Einwilligung ist in der mündlichen Verhandlung zu erklären. Der Beklagte ist befugt, der Änderung zu widersprechen. Diese Befugnis wird jedoch ausgeschlossen, wenn der Beklagte, ohne der Änderung zu widersprechen, sich auf die abgeänderte Klage eingelassen hat. Die Präklusion des Widerspruchs wird in der CPrO. als fingierte Einwilligung behandelt [vgl. O. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 47 ff., Wach Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 775 N. 4]; es treten also bei Präklusion des Widerspruchs dieselben Wirkungen ein, wie bei Einwilligung. Aber diese Wirkungen treten zufolge der Präklusion ein, ohne daß etwas darauf ankommt, ob der Beklagte einwilligen wollte oder nicht; sie sind daher auch nicht durch den Nachweis zu beseitigen, daß der Beklagte nicht habe einwilligen wollen. Einlassung ist die mündliche Verhandlung zur Hauptsache. Über Verhandlung vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298. Über Verhandlung zur Hauptsache vgl. Bem. Nr. 2 zu § 39. Der Widerspruch gegen die Änderung der Klage ist keine prozeßhindernde Einrede; der Beklagte hat nicht das Recht, sich auf die Rüge der Änderung zu beschränken. Unterläßt er die eventuelle Beantwortung der Klage, so setzt er sich der Gefahr aus, in dem Falle, daß das Gericht keine Klagänderung annimmt, gemäß § 298 kontumaziert zu werden.

2. Hat der Beklagte in die Klagänderung eingewilligt oder derselben nicht rechtzeitig widersprochen, so wird über die Klage in ihrer früheren Gestalt nicht weiter verhandelt und nicht entschieden; dieselbe ist mit Einwilligung des Beklagten zurückgenommen (§ 243). Daß dies auch für den Präklusionsfall gilt, folgt daraus, daß das Gesetz denselben als fingierte

Einwilligung behandelt. Dagegen ist die Rechtshängigkeit des erst in der geänderten Klage erhobenen Anspruchs eingetreten und zwar durch den Vortrag in der mündlichen Verhandlung (§ 254). Es kann sein, daß das Gericht für die geänderte Klage unzuständig ist; die vorbehaltlose Einlassung auf dieselbe begründet aber die Zuständigkeit aus § 39. Wegen Unzuständigkeit kann also die geänderte Klage nur abgewiesen werden, wenn Prorogation ausgeschlossen ist (§ 40 Abs. 2). Die geänderte Klage kann von der Kammer für Handelssachen zur Kammer für Civilsachen verwiesen werden und umgekehrt (GVG. §§ 103, 104).

Widerspricht der Beklagte rechtzeitig der Klagänderung, so ist zu unterscheiden: a) Der Kläger steht von dem Versuche, die Klage zu ändern, zufolge des Widerspruchs ab und kehrt zu der ursprünglichen Klage zurück; dann ist nur über letztere zu verhandeln und zu entscheiden. b) Der Kläger steht von dem Versuche, die Klage zu ändern, zufolge des Widerspruchs ab, erklärt aber die ursprüngliche Klage nicht aufrecht zu halten. In letzterer Erklärung kann Verzicht auf den Anspruch oder Zurücknahme der Klage gelegen sein. Die Wirkungen des Verzichts sind nach § 277, die der Zurücknahme nach § 243 zu beurteilen. c) Bestreitet der Kläger, daß eine Klagänderung vorliege, so kann das Gericht durch Zwischenurteil (§ 275) entscheiden, daß keine Klagänderung vorliegt (unanfechtbare Entscheidung, s. § 242); dann ist über die Klage zu verhandeln und zu entscheiden. Verweigert der Beklagte die Verhandlung, so ist er zu kontumazieren. Wenn aber das Gericht entscheidet, daß eine Klagänderung vorliegt, so kommt diese Entscheidung auf eine Zurückweisung der in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen neuen Klage (absolutio ab instantia) hinaus. Deswegen ist diese Entscheidung selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar. Diese Entscheidung hat zugleich den Charakter eines Zwischenurteils für den Prozeß über die ursprüngliche Klage. Zufolge dieses Zwischenurteils steht fest, daß über die alte Klage zu entscheiden ist. Noch kann sie der Kläger zurücknehmen, dann ist nach § 243 zu verfahren; er kann auf den in der ursprünglichen Klage geltend gemachten Anspruch verzichten, dann wird § 277 anwendbar [vgl. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 409]. Erfolgt weder Zurücknahme noch Verzicht, so kann der Beklagte verlangen, daß über die ursprüngliche Klage verhandelt und entschieden werde. Die Entscheidung erfolgt als Versäumnisurteil (§ 295), wenn der Kläger über die ursprüngliche Klage nicht verhandelt (§ 298). Erläßt das Gericht darüber, ob Klagänderung vorliegt, keine besondere Entscheidung, sondern verschiebt dieselbe bis zum Endurteil, so müssen die Parteien ihre Verhandlung in der Art einrichten, daß sie für jede der zwei Eventualitäten: Annahme und Verneinung der Klagänderung paßt. Wird Klagänderung angenommen, so ist die neue Klage zurückzuweisen und über die alte zur Sache zu urteilen. Wird Klagänderung nicht angenommen, so wird einfach zur Sache entschieden. d) Bestreitet der Beklagte, daß der Widerspruch gegen die Klagänderung rechtzeitig erfolgt sei, so liegt ebenfalls ein Zwischenstreit vor, auf dessen Erledigung die ad c vorgetragenen Sätze entsprechende Anwendung finden.

3. In Abwesenheit des Beklagten kann eine Klagänderung überhaupt nicht erfolgen (Mot. S. 232, hann. Prot. XV S. 5540 ff., norbb. Prot. II S. 615, 632, 641). Auch wenn dem Beklagten die Änderung vor dem Termine rechtzeitig mitgeteilt war, kann kein der Änderung entsprechendes Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen werden. Ist das Gericht der Ansicht, daß das mündliche Vorbringen, auf welches hin der Kläger gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Versäumnisurteil beantragt, eine Änderung der Klage enthält, so hat es den Antrag auf Versäumnisurteil zurückzuweisen (§ 300 Nr. 1).

4. Die vorstehenden Bemerkungen finden auf Änderung der Widerklage entsprechende Anwendung; vgl. Bem. Nr. 3 litt. c zu § 235.

§ 242.

Eine Anfechtung der Entscheidung, daß eine Änderung der Klage nicht vorliege, findet nicht statt.

KPr. S. 541–543.

1. § 242 wurde in der JK. d. RT. eingefügt, um den Streit darüber, ob eine Änderung der Klage vorliege, auf eine Instanz einzuschränken. Die in einem Zwischenurteil oder in den Gründen des Endurteils enthaltene Entscheidung, daß eine Änderung der Klage nicht vorliege, ist durch Rechtsmittel nicht anfechtbar. Die höheren Instanzen sind an dieselbe gebunden. Hat das Gericht erster Instanz die modifizierte Klage unter Negation einer Klagänderung zwar zugelassen, aber schließlich auf Abweisung des Klägers erkannt, so kann der Beklagte die Frage, ob eine der nach § 240 zulässigen Modifikationen oder eine Klagänderung vorliege, auch nicht zu dem Zwecke der Aufrechthaltung des abweisenden Urteils der Kognition des Berufungsgerichts unterstellen [RG. 9. April 1881 Entsch. IV Nr. 117 S. 412].

2. Auch die Entscheidung des Berufungsgerichts, welche die Behauptung einer in zweiter Instanz vorgenommenen Klagänderung zurückweist, ist unanfechtbar. [RG. 3. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 102 S. 372; 15. Febr. 1881 III Nr. 118 S. 415; 11. März 1881 IV Nr. 109 S. 391.]

3. Auf die Entscheidung, daß eine Änderung der Widerklage nicht vorliege, findet § 242 entsprechende Anwendung.

§ 243.

Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden.

Die Zurücknahme der Klage erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist; sie verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch Urteil auszusprechen.

Wird die Klage von neuem angestellt, so kann der Beklagte die Einlassung verweigern, bis die Kostenerstattung erfolgt ist.

Mot. S. 192. KPr. S. 79, 543.

1. Litteratur: Lasker Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 614 ff., Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXVI S. 261 ff., Schultzenstein Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 229 ff., Birkmeyer Meckl. Ztschr. I S. 82 ff. und Rechtsfälle S. 1 ff. (dazu L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVI S. 477 ff.), Obermeyer Bl. f. RA. XLVI S. 469 ff., Planck I § 59.

2. Zurücknahme der Klage ist nicht mit Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch zu verwechseln; vom Verzicht handelt § 277. Die Zurücknahme der Klage ist die Erklärung, daß auf den prozessualen Akt der Klagerhebung verzichtet werde. Der Verzicht auf den Anspruch bezieht sich auf das in der Klage geltend gemachte Recht.

3. a) Mit Einwilligung des Beklagten kann die Klage zurückgenommen werden, solange der Prozeß nicht beendigt ist (wegen Beendigung des Prozesses s. Bem. Nr. 3 litt. a

Abs. 2 zu § 61), also noch nach Erlassung des Endurteils bis zu dessen Rechtskraft; ebenso in höherer Instanz [so auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1 S. 358, Schultzenstein a. a. O. S. 236 ff. AM. Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 76 und Troll Verf.-Urt. S. 204. Vgl. a. RG. 11. Juni 1881 Entsch. V Nr. 54 S. 353].

b) Ohne Einwilligung des Beklagten kann die Klage zurückgenommen werden nur bis zum Beginn [über diesen Zeitpunkt vgl. Schultzenstein a. a. O. S. 251 ff.] der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache (Einlassung). Wegen des Begriffs „Verhandlung" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298. Wegen „Hauptsache" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 39. Die mit Prozeßeinreden verbundene, also bloß eventuelle Einlassung des Beklagten zur Hauptsache entzieht dem Kläger die Möglichkeit einseitiger Zurücknahme der Klage nicht. Auch wenn der Beklagte nach Einlassung zur Hauptsache eine nicht verzichtbare oder eine nach § 247 Abs. 3 zulässige Prozeßeinrede vorbringt, hat der Kläger wieder das Recht zur einseitigen Zurücknahme. [Vgl. Planck I S. 309 f.] Hat der Beklagte gegen den nicht erschienenen Kläger Versäumnisurteil erwirkt, der Kläger aber Einspruch erhoben, so kann der Kläger in der Einspruchsverhandung die Klage noch einseitig zurücknehmen, bis der Beklagte zur Hauptsache verhandelt hat; denn der Einspruch versetzt den Prozeß in die Lage vor der Versäumung zurück (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 295 und Bem. Nr. 1 zu § 307). — Versucht der Kläger nach der Einlassung die Klage zurückzunehmen, so kann der Beklagte widersprechen und verlangen, daß über die Klage verhandelt und geurteilt werde. Verhandelt der Kläger gleichwohl nicht, so kann der Beklagte gegen ihn Urteil nach § 295 begehren. — Die Frage, ob noch einseitige Zurücknahme der Klage zulässig ist, kann streitig werden; dann liegt ein Zwischenstreit vor. Die Entscheidung, daß die einseitige Zurücknahme zulässig sei, läuft darauf hinaus, daß dem Beklagten ein Urteil über die Hauptsache versagt wird; sie ist daher Endurteil und als solches mit Berufung und Revision anfechtbar. Die Entscheidung dagegen, daß die einseitige Zurücknahme nicht zulässig sei, ist Zwischenurteil; sie kann erst mit dem auf Grundlage derselben ergehenden Endurteil angefochten werden.

4. Der prozessualische Akt der Zurücknahme. a) Die Zurücknahme kann geschehen durch Erklärung des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht. Die Erklärung ist zu Protokoll, im Verfahren vor den Land- und höheren Gerichten durch Anlage zum Protokoll, festzustellen (§§ 146 Nr. 2, 270). Ist einseitige Zurücknahme zulässig, so ist die Zurücknahme mit der Erklärung des Klägers vollzogen. Ist nur noch Zurücknahme mit Einwilligung des Beklagten zulässig, so wird die Zurücknahme erst durch die in der mündlichen Verhandlung erklärte Einwilligung perfekt. In diesem Fall ist auch die Einwilligung des Beklagten zu Protokoll festzustellen.

b) Die Zurücknahme kann auch geschehen durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem die Zurücknahme erklärt wird, an den Beklagten. Die Zustellung ist nach den Regeln der §§ 152 ff. auszuführen. Ist einseitige Zurücknahme zulässig, so ist die Zurücknahme mit der Zustellung vollzogen; es bedarf keiner Annahmeerklärung seitens des Beklagten. Ist nur noch Zurücknahme mit Einwilligung des Beklagten zulässig, so wird die Zurücknahme erst durch die in der mündlichen Verhandlung erklärte Einwilligung des Beklagten perfekt. Einwilligungserklärung durch Schriftsatz ist nicht vorgesehen. Die Vorschrift, daß eine Abschrift des zugestellten Schriftsatzes auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen sei, hat nur instruktionelle Bedeutung; die Gültigkeit der Zurücknahme ist dadurch nicht bedingt (vgl. § 124).

c) Sowohl für die Erklärung ad a wie für den Schriftsatz ad b besteht in Anwaltsprozessen Anwaltszwang.

5. Die Wirkungen der Zurücknahme der Klage. a) Der Rechtsstreit ist als nicht anhängig geworden anzusehen. Diese, eine Fiktion gebietende Bestimmung trifft den

Kostenpunkt nicht. Beseitigt werden mit der ordnungsmäßigen Zurücknahme nur die übrigen Wirkungen der Rechtshängigkeit, sowohl die prozessualischen (§ 235) als die materiellrechtlichen (§ 239); es wird in dieser Beziehung die Rechtslage wiederhergestellt, wie sie vor der Klagerhebung war. Der Prozeß ist, abgesehen vom Kostenpunkt, beendigt; die Möglichkeit, in diesem Prozeß ein Urteil über die Klage zu erhalten, ist beseitigt. Deswegen kann nach Zurücknahme der Klage weder gegen den Kläger noch gegen den Beklagten ein Versäumnisurteil zur Sache erlassen werden; das Gericht muß, wenn ihm die Zurücknahme bekannt geworden ist, dieselbe von Amtswegen berücksichtigen und jeden Antrag auf Versäumnisurteil zurückweisen (§ 300 Nr. 1). [So auch Birkmeyer Rechtsfälle S. 10 N. 27, Obermeyer a. a. O. S. 369 ff., Schwalbach a. a. O. S. 263 N. 12, Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 244; vgl. a. L. Seuffert a. a. O. S. 478 ff. AM. Hellmann Lehrb. S. 620.] Über die Wirkung der Zurücknahme auf Widerklage und auf Inzidentantrag s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 33 und Bem. Nr. 4 litt. e zu § 253. Über die Wirkung der Zurücknahme einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage vgl. Bem. Nr. 1 zu § 548.

b) Der Kläger ist verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist. Wann über Kosten vor Beendigung des Prozesses rechtskräftig erkannt sein kann, ergiebt Bem. Nr. 4 zu § 87. Auf Antrag des Beklagten ist die Verpflichtung durch Urteil auszusprechen. Ist die Zurücknahme zu einer Zeit erfolgt, in welcher zu einem Verhandlungstermin geladen war (einerlei von welcher Partei), so kann der Antrag in diesem Termin gestellt werden; der Termin bleibt bestehen zur Verhandlung über den Kostenanspruch [AM. OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXIX S. 451]. Der Antrag kann aber auch in einem neuen Termin, zu welchem der Beklagte zu laden hat, gestellt werden. Die Entscheidung, welche den Kläger wegen Zurücknahme der Klage in die Kosten verurteilt, ist, auch wenn der Kläger den Termin versäumt, nicht Versäumnisurteil; denn sie ergeht nicht auf Grund einer Versäumnisfolge sondern auf Grund der Zurücknahme der Klage; ob gültige Zurücknahme vorliegt, ist von Amtswegen zu prüfen. [So auch Birkmeyer Rechtsfälle S. 15 ff., L. Seuffert a. a. O. S. 482 ff., Troll Vers. Urt. S. 90 ff. AM. Planck I S. 310 N. 15, RG. 11. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 110 S. 365 f.]. Die Entscheidung ist unanfechtbar; näheres s. Bem. Nr. 3 zu § 94. — Die Verhandlungsgebühr des Rechtsanwalts ist nach den Kosten, nicht nach der Hauptsache, zu bemessen [RG. 19. Apr. 1882 SA. XXXVIII Nr. 60; vgl. a. RG. 5. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 108 S. 357].

c) Der Beklagte kann die Einlassung auf die von neuem erhobene Klage verweigern, bis ihm die Kosten des Prozesses, in welchem dieselbe Klage zurückgenommen wurde, vollständig erstattet sind. Die Einrede, daß die Kostenerstattung noch nicht erfolgt sei, ist prozeßhindernd (§ 247 Nr. 5) und führt zur Zurückweisung der Klage (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 248).

d) Die Wirkungen der Zurücknahme der Klage sind gleich, mag die Zurücknahme einseitig oder mit Einwilligung des Beklagten geschehen sein.

e) Dieselben Wirkungen, wie bei freiwilliger Zurücknahme der Klage, treten ein, wenn eine Klage gemäß § 105 der CPrO. oder gemäß Art. 223 Abs. 2 des HGB. in d. F. d. RG. v. 18. Juli 1884 durch Urteil für zurückgenommmen erklärt wird. Über solches Urteil vgl. Bem. Nr. 3 zu § 105.

6. Die Bestimmungen des § 243 finden auf Widerklagen entsprechende Anwendung [so auch Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 142 f. AM. Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 365]. Da die Rechtshängigkeit des mit der Widerklage geltend gemachten Anspruchs erst in der mündlichen Verhandlung eintritt (§ 254), so ist vorherige Zurücknahme nicht denkbar.

7. Die Vereinbarung der Parteien über Zurücknahme der Klage ist noch nicht Zurück-

nahme, hat also nicht die Wirkungen des § 243 Abs. 3, 4. Erst wenn der Kläger auf Grund der Vereinbarung den Zurücknahmeakt vollzieht, treten diese Wirkungen ein. Aus der Vereinbarung kann möglicherweise ein materieller Einwand gegen den Anspruch, aber kein prozessualischer Einwand gegen die Fortsetzung des Prozesses geschöpft werden. Ist die Vereinbarung nach den Grundsätzen des materiellen Rechts klagbar, so kann der Beklagte den Kläger auf Zurücknahme verklagen und auf Grund des verurteilenden Erkenntnisses die Abgabe der Zurücknahmeerklärung supplieren (§ 779).

§ 244.

Der Beklagte hat dem Kläger mittels vorbereitenden Schriftsatzes die Klagebeantwortung innerhalb der ersten zwei Dritteile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, zustellen zu lassen.

Mot. S. 192, 193. KPr. S. 79, 543.

Die Frist zur Klagbeantwortung ist abhängig von dem Zeitraum, welcher zwischen der Zustellung der Klage und dem Termine liegt. Wird die Einlassungsfrist abgekürzt, so kürzt sich entsprechend die Frist zur Klagbeantwortung. Vgl. a. § 204 Abs. 2. Wegen Nichtbeobachtung des § 244 vgl. Bem. Nr. 3 zu § 120.

§ 245.

Insoweit die Klageschrift und die Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, hat jede Partei dem Gegner solche thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge, auf welche derselbe voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung mittels ferneren vorbereitenden Schriftsatzes so zeitig mitzuteilen, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag.

Tritt eine Vertagung der mündlichen Verhandlung ein, so kann das Gericht die Fristen bestimmen, binnen welcher die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze mitzuteilen sind.

Mot S. 192, 193. KPr. S. 79, 543.

Aus den Motiven: „Das Gesetz geht von der Annahme aus, daß regelmäßig zwei Schriftsätze — die Klage und die Klagbeantwortung — genügen, um die mündliche Verhandlung vorzubereiten. Für den Fall, daß diese Schriftsätze nicht genügen, trifft der § 245 Vorkehrung . . . . . . Daß (sc. bei der in § 245 vorgeschriebenen Mitteilung) die Frist des § 123 eingehalten werde, ist nicht geboten; die Mitteilung ist rechtzeitig, wenn sie so zeitig erfolgt, daß vor der mündlichen Verhandlung die Vorbereitung auf das neue Vorbringen beschafft werden kann (hann. Prot. XV S. 5424—5426, XVII 6385 bis 6391, 6646, 6716, 6717, nordd. Prot. II S. 545, 546)."

Auch bei der Bestimmung der Fristen nach Abs. 2 ist das Gericht nicht an die Vorschriften des § 123 gebunden. Wegen Nichtbeachtung des § 245 s. Bem. Nr. 3 zu § 120.

§ 246.

Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften.

Mot. S. 19—25, 193. KPr. S. 79, 543.

Die allgemeinen Vorschriften s. §§ 127—156. Vgl. dazu §§ 269, 270.

§ 247.

Prozeßhindernde Einreden sind gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen.

Als solche Einreden sind nur anzusehen:
1) die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts,
2) die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs,
3) die Einrede der Rechtshängigkeit,
4) die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten,
5) die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei,
6) die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung.

Nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozeßhindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen.

Mot. S. 29, 30, 193—195. KPr. S. 79, 80 543.

1. Litteratur: O. Bülow d. L. v. d. Prozeßeinreden u. die Prozeßvoraussetzungen (1868), darüber Planck KrVJSchr. XI S. 161 ff. und Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 44 ff. (wertlos). Angaben älterer Litt. s. v. Canstein Grundlagen S. 304 N. 4. Litt. z. CPrO.: Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. I S. 47 ff., II S. 518 ff., IV S. 497 ff., Petersen eod. II S. 161 ff., III S. 203 ff., Osterloh eod. III S. 43 ff., Fitting Arch. f. c. Pr. LXIII S. 229 ff., Schwalbach eod. S. 390 ff., Birkmeyer das gegenseitige Verhältnis 2c. 2c. (1881), Meckl. Ztschr. II S. 188, Rechtsfälle S. 153, Grundriß S. 113 ff., Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 173 N. 227, Leonhard eod. S. 403 ff., v. Amsberg Arch. f. c. Pr. LXV S. 59 ff., Schultze Privatrecht und Prozeß I S. 285 ff., Kroll Klage und Einrede S. 261 ff., Weismann Hauptintervention S. 84 ff., Hellmann Lehrb. S. 422 ff., Planck Lehrb. I S. 201 ff., L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XI S. 199 f., Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis (1888); vgl. a. v. Kries die Prozeßvoraussetzungen im Reichsstrafprozeß Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft V S. 1 ff., Wach I S. 19 ff., 34 ff.

2. Jede Rechtsordnung über Civilprozeß setzt gewisse allgemeine Voraussetzungen, welche vorhanden sein müssen, damit das Gericht überhaupt in die Lage kommt, den Parteien eine Entscheidung über die Streitsache (die materialia causae) zu geben. Diese allgemeinen Voraussetzungen sind von den besonderen, für die Gültigkeit einer einzelnen Prozeßhandlung geforderten Voraussetzungen zu unterscheiden. Jene allgemeinen Voraussetzungen heißt man Prozeßvoraussetzungen [nach dem Vorgange Bülows d. L. v. den Prozeßeinreden.] Weil bei Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen das Gericht den Parteien unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime Entscheidung über die Streitsache geben muß, hat man als Folge des Daseins der Prozeßvoraussetzungen die Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien einerseits und dem Gericht andererseits [so Bülow und Planck a. a. O.] angenommen. Andere nehmen ein doppeltes Rechtsverhältnis, nämlich eines zwischen Partei und Partei und eines zwischen den Parteien und dem Gericht an [so insbesondere Birkmeyer; dagegen Planck Lehrb. I S. 201 f.], während neuerdings die Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien und dem Gericht bestritten und der Prozeß als Rechtsverhältnis nur unter den Parteien hingestellt wird [Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis]. Die erste dieser Ansichten [Bülow, Planck] dürfte die richtige sein.

Prozeßvoraussetzungen im angegebenen Sinne sind Klagerhebung, Prozeßfähigkeit der

Parteien, Fähigkeit der Streitsache Civilprozeßgegenstand zu sein (Zulässigkeit des Rechtswegs), Zuständigkeit des angegangenen Gerichts, Nichtanhängigsein derselben Streitsache, Stellung gebotener Prozeßkautionen (z. B. § 102 oder HGB. Art. 223 Abs. 2), die Erstattung der Kosten eines Vorprozesses (§ 243 Abs. 4).

Nur wenn die Prozeßvoraussetzungen vorhanden sind, kann das Gericht über das materielle Recht entscheiden. Anderenfalls muß Zurückweisung der Klage (Abweisung „angebrachtermaßen", „von hier", „Entbindung von der Klage", absolutio ab instantia) erfolgen. Ein derartiges Urteil hat keine materielle Rechtskraft (vgl. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 293); es begründet weder actio iudicati noch exceptio rei iud. Die Zurückweisung der Klage ist Endurteil [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 8 f.].

Die Rechtsordnung kann sich den einzelnen Prozeßvoraussetzungen gegenüber verschieden verhalten. Es kann bestimmen, daß das Gericht von Amtswegen das Vorhandensein einer Prozeßvoraussetzung zu prüfen und bei Entdeckung des Mangels derselben auf absolutio ab instantia zu erkennen hat; es kann aber auch bestimmen, daß das Gericht sich mit der Frage, ob eine bestimmte Prozeßvoraussetzung vorhanden sei, erst befassen soll, wenn die Partei den Mangel rügt [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 1 ff.] Für den Begriff einer Prozeßvoraussetzung ist nicht entscheidend, ob deren Mangel von Amtswegen oder nur auf Rüge der Partei zu berücksichtigen ist. Die Rüge des Mangels einer Prozeßvoraussetzung heißt man Prozeßeinrede im Gegensatz zu Sacheinreden, eine Bezeichnung, die als eine verwirrende bezeichnet werden muß. Nur da kann man von „Einreden" sprechen, wo der Beklagte sich auf selbständige Thatsachen beruft, aus denen sich der Mangel einer Prozeßvoraussetzung ergiebt [Planck KrVJSchr. XI S. 161 ff.]. Besser wäre es, den Ausdruck ganz zu meiden [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 57 N. 48].

Wegen des präjudiellen Charakters der Frage, ob die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen vorhanden sind, muß dieselbe *entschieden* sein, ehe die Entscheidung der materiellen Berechtigung getroffen werden kann. Nur nach Bejahung jener Frage kann der Richter an die Entscheidung über das materielle Recht gehen. Eine andere Sache ist, ob der Gesetzgeber für zweckmäßig findet, auch die *Verhandlung über die Prozeßvoraussetzungen* zu einem besonderen, von der Verhandlung über das materielle Rechtsverhältnis getrennten Abschnitt zu gestalten. Das ältere römische, das kanonische und das ältere deutsche Prozeßrecht hat diese Trennung durchgeführt und demgemäß die *Verhandlung* über das materielle Rechtsverhältnis erst beginnen lassen, nachdem über die Prozeßvoraussetzungen verhandelt und rechtskräftig entschieden war. Dadurch entstand der Begriff defensio litis ingressum impediens, d. i. einer Verteidigungsweise, welche den Beklagten vorläufig der Notwendigkeit enthebt, sich über die materielle Berechtigung des Klägers (die Streitsache, „lis" in diesem Sinne) zu äußern. [Über die Konfusion dieser Verteidigungsweise mit materiellrechtlichen dilatorischen Einreden s. Bülow a. a. O. S. 21 ff.]. Durch den JRA. §§ 37, 40 wurde diese Trennung der Verhandlung für den größten Teil der Prozeßvoraussetzungen beseitigt. Dem Beklagten wurde geboten, alle prozessualischen und materiellrechtlichen Verteidigungsbehelfe gleichzeitig vorzubringen. Eine Ausnahmestellung wurde nur den sog. „Declinatorien fori" d. i. den Zuständigkeitsbemängelungen zu Teil. Über solche soll „vörderist gesprochen, und der beklagte in solchem Fall vor Erörterung des puncti Competentiae Fori sich in der Haupt-Sache einzulassen nicht verbunden" sein. Sie allein blieben „prozeßhindernd" im obigen Sinn.

Die CPrO. hat für die Rüge eines Mangels der Prozeßvoraussetzungen den Ausdruck „Einrede" beibehalten. Sie hat nicht bloß den Zuständigkeitsbemängelungen, sondern auch anderen auf Rüge eines Mangels der Prozeßvoraussetzungen hinauslaufenden sog. Einreden prozeßhindernde Kraft (im ob. Sinn) beigelegt, andererseits auch wieder nicht allen, so nicht der

Rüge des Mangels der ordnungsmäßigen Klagerhebung. Sie hat unter die sog. prozeßhindernden Einreden die Beanstandung der Legitimation des gesetzlichen Vertreters aufgenommen, nicht aber die Rüge des Vollmachtsmangels. Dieser Mangel von Konsequenz hat zu zahlreichen Mißverständnissen geführt, wovon ein großer Teil der oben cit. Abhandlungen Zeugnis giebt. Vom Standpunkte des Gesetzes aus ergeben sich folgende Sätze:

I. Nur die in § 247 aufgeführten Bemängelungen von Prozeßvoraussetzungen, welche das Gesetz mit dem Namen „prozeßhindernde Einreden" belegt, berechtigen den Beklagten, die getrennte Verhandlung über Prozeßvoraussetzungen zu verlangen. Zu den in § 247 aufgeführten „prozeßhindernden Einreden" kommt noch das nach HGB. Art. 223 Abs. 2 in d. F. des RG. v. 18. Juli 1884 als prozeßhindernde Einrede geltend zu machende Begehren einer Sicherheitsleistung bei der dortselbst bezeichneten Klage. Daraus, daß eine andere Verteidigung gleichfalls Rüge des Mangels einer Prozeßvoraussetzung ist, kann nicht geschlossen werden, daß sie „prozeßhindernd" im angegebenen Sinne sei.

II. Das Gesetz kennt keine aus dem materiellen Recht entnommene Verteidigung, welche „prozeßhindernd" in dem Sinne wäre, daß der Beklagte abgesonderte Verhandlung zu fordern ein Recht hätte. Insbesondere ist die nach früherem Prozeßrecht prozeßhindernde exceptio spolii, welche übrigens hinsichtlich ihrer materiellrechtlichen Wirkungen nicht aufgehoben ist, nach dem gegenwärtigen Prozeßrecht nicht prozeßhindernd; der Beklagte hat nicht die Befugnis, die Einlassung wegen exc. sp. zu verweigern [RG. 24. März 1882 Entsch. VII Nr. 99 S. 330].

3. Abs. 1 enthält: a) das Gebot, die prozeßhindernden Einreden gleichzeitig vorzubringen. Der Beklagte ist, nachdem eine prozeßhindernde Einrede desselben verworfen ist, nicht mehr berechtigt, bei Vorbringung einer zweiten prozeßhindernden Einrede die Einlassung zu verweigern und gesonderte Verhandlung darüber zu verlangen. Z. B. der Beklagte brachte unter Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache nur die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor; diese Einrede wurde abgewiesen; hiernach kann derselbe bis zum Schlusse der Verhandlung noch die sämtlichen unter Nr. 2 bis 6 aufgeführten Einreden vorbringen, denn auch die dem Verzicht unterworfenen Einreden sind nur nach dem Beginn der Verhandlung zur Hauptsache ausgeschlossen; aber er ist nicht mehr berechtigt, die Einlassung zu verweigern und die abgesonderte Verhandlung zu fordern. [So auch Petersen Komm. S. 415 u. Ztschr. f. d. CPr. II S. 175 ff., III S. 210 ff., Endemann II S. 42 ff., Kleiner II S. 67 ff., v. Sarwey II S. 370, Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 59; vgl. a. Renaud Ztschr. f. d. CPr. V S. 48 f. AM., nämlich für frühere Präklusion der verzichtbaren, nicht gleichzeitig vorgebrachten prozeßhindernden Einreden: Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 60, A. Förster N. 3, Hellmann Komm. II S. 52 u. Lehrb. S. 426 f., Planck I S. 91 N. 24, Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. I S. 51 ff., II S. 525 ff., IV S. 499 ff., Fitting Arch. f. c. Pr. LXIII S. 228 u. Ztschr. f. d. CPr. VI S. 298, Wach Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 727 N. 28, vgl. a. Handb. I S. 506, Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 448, bayr. OLG. SA. XXXIX Nr. 160. Zu den von Petersen a. a. O. angeführten Gründen für die vorgetragene Meinung ist noch hinzuzufügen, daß nach § 39 die auf Präklusion der Unzuständ.-Einrede beruhende Prorogation erst durch die Einlassung zur Hauptsache, also nicht durch Vorbringen anderer prozeßhindernder Einreden, vor sich geht; ferner, daß auch die nach §§ 73, 243 eintretenden Präklusionen nicht schon durch das Vorbringen von Prozeßeinreden bewirkt werden. Auch § 465 Abs. 1 spricht für die oben vertr. Ansicht.] b) Das Gebot, die prozeßhindernden Einreden vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen. Über „Verhandlung" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298. Über die Verhandlung „zur Hauptsache" s. Bem. Nr. 2 zu § 39. Die Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache bewirkt

die Präklusion der nicht vorgebrachten prozeßhindernden Einreden, soweit dieselben verzichtbar sind, gemäß Abs. 3 des § 247. Hat der Beklagte Versäumnisurteil gegen den Kläger (§ 295) erwirkt, der letztere aber Einspruch erhoben, so kann der Beklagte die prozeßhindernden Einreden noch alle vorbringen, vgl. Bem. Nr. 5 zu § 295. — Im Verfahren vor den Amtsgerichten ist Abs. 1 des § 247 durch § 465 Abs. 1 modifiziert.

4. Zu Nr. 1: Die Bemängelung der Zuständigkeit kann sich auf den Mangel der sachlichen Zuständigkeit oder des Gerichtsstandes stützen. — Vgl. a. die Bemerkungen zu §§ 39, 40.

5. Zu Nr. 2: Vgl. GVG. §§ 13 und 17 und Hauser Ztschr. f. R. u. LR. IV S. 27 ff., 241 ff., RG. 22. April 1882 Entsch. X Nr. 94 S. 318, 25. März 1884 XI Nr. 103 S. 392. Auch die Fälle, in denen der Rechtsweg vorläufig verschlossen ist — z. B. bayr. AG. z. CPrO. Art. 2 — gehören hierher. Die Unzulässigkeit des Rechtswegs ist von Amtswegen zu beachten. Sie kann daher in jeder Instanz, sie kann auch von dem Kläger gerügt werden [vgl. RG. 23. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 43 S. 176]. Die Einrede des Schiedsvertrags gehört nicht hierher; sie ist nicht prozeßhindernd. [So auch Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 4, Osterloh a. a. O. S. 77, Wach I S. 71 f., RG. 28. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 97 S. 348 ff., 12. Dez. 1882 SA. XXXVIII Nr. 273, 8. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 118 R. 398 ff., 26. Sept. 1883 X Nr. 113 S. 367, 21. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 734, 1. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 77 S. 335, 17. April 1886 XVI Nr. 92 S. 370, OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 156. AM.: Puchelt II S. 752, Petersen Komm. S. 414 f. u. Ztschr. f. d. CPr. III S. 205 f., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 482 N. 3, v. Krämel Mag. f. d. DR. d. G. V S. 8].

6. Zu Nr. 3: Vgl. § 235 Nr. 1 und die Bemerkungen dazu.

7. Zu Nr. 4: Vgl. §§ 102—105.

8. Zu Nr. 5: Vgl. § 243 Abs. 4 und Bem. Nr. 5 litt. c—e zu § 243. Dadurch daß der Kläger im Armenrecht streitet, wird diese Einrede ebensowenig ausgeschlossen, wie dadurch, daß die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten des Vorprozesses gegen den Kläger fruchtlos versucht wurde. [AM. Puchelt I S. 32 und Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 81.] Der Beklagte muß den Betrag der zu erstattenden Kosten angeben; sonst ist die Einrede nicht genügend substanziert [RG. 13. März 1882 Entsch. VI Nr. 108 S. 360.] Die Einrede ist auch begründet, wenn die frühere Klage durch Urteil für zurückgenommen erklärt ist (vgl. Bem. Nr. 5 litt. e zu § 243); nicht bei Abweisung früherer Klage [RG. 4. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 103 S. 382, OLG. Jena SA. XXXVIII Nr. 178], nicht bei Wiederholung einer Rechtsmitteleinlegung, nachdem das eingelegte Rechtsmittel wegen Mangels der Urteilszustellung zurückgenommen oder zurückgewiesen war [OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 64].

9. Zu Nr. 6: Vgl. §§ 50—55. Über Beanstandung der Parteifähigkeit vgl. Bem. Nr. 2 vor § 50. Die Rüge des Mangels der Vollmacht (§ 84) berechtigt nicht zur Verweigerung der Einlassung.

10. Daß das Gesetz die angeführten Bemängelungen von Prozeßvoraussetzungen „Einreden" heißt, kommt für die Beweislast nicht in Betracht. Bei den unverzichtbaren Einreden (s. Bem. Nr. 11) kann überhaupt von eigentlicher Beweislast keine Rede sein, weil sie von Amtswegen zu berücksichtigende Punkte betreffen.

11. Zu Abs. 3: Auf die Einreden des § 247 Nr. 2 und 6 kann nicht verzichtet werden; sie betreffen von Amtswegen zu beachtende Prozeßvoraussetzungen. Auf die Einrede der Nr. 1 kann in soweit nicht verzichtet werden, als die prorogatio fori ausgeschlossen

ist (§ 40 Abs. 2). — Die Nachholung einer verzichtbaren prozeßhindernden Einrede (§ 247 Nr. 3, 4, 5 und HGB. Art. 223 Abs. 2) nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache ist nur zulässig, wenn der Beklagte glaubhaft macht (§ 266), daß er sie ohne sein Verschulden nicht vor der Verhandlung zur Hauptsache vorbringen konnte. Die auf Verschulden des Bevollmächtigten beruhende Versäumung ist keine unverschuldete für die Partei (§ 210 Abs. 2). Ohne die in § 247 Abs. 3 verlangte Glaubhaftmachung darf die verspätete Einrede auch dann nicht zugelassen werden, wenn der Kläger dies gestatten wollte; denn über die Ordnung des Verfahrens steht den Parteien keine Disposition zu [AM. Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 212]. — Eine Nachholung der Unzuständigkeitseinrede aus dem Grunde unverschuldeter Versäumnis ist schlechterdings ausgeschlossen. [So auch Petersen S. 66, 414 f. u. Ztschr. f. d. CPr. III S. 250, Fitting Lehrb. S. 44 N. 2, v. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 42 N. 38, Wach Handb. I S. 507 f., Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 221 f. AM. Struckm. Koch N. 1 zu § 39, Wilm. Levy N. 1 zu § 39, Gaupp I S. 127, Endemann I S. 294, Hellmann Lehrb. S. 127, Planck I § 23 N. 25, Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 382 (s. jed. Handb.), v. Amsberg eod. LXV S. 94, Birkmeyer das gegens. Verh. ꝛc. S. 9, Leonhard Ztschr. f. d. CPr. IV S. 403, Francke eod. V S. 470 f., Fitting eod. VI S. 294 u. 297, Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 271 ff.]

12. Wegen des Vorbringens prozeßhindernder Einreden im amtsgerichtlichen Verfahren s. § 465; wegen des Vorbringens derselben in der Berufungsinstanz s. § 490, in der Revisionsinstanz s. § 529, im Urkundenprozeß s. § 557.

13. Die Vorschriften über prozeßhindernde Einreden finden auf die Widerklage entsprechende Anwendung; die Einrede Nr. 4 ist natürlich unanwendbar. [Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 175 ff. AM. Hellmann Komm. II S. 55, Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 66 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 367 ff.] Desgleichen auf die Klagerweiterung und Widerklage nach § 253.

§ 248.

Über prozeßhindernde Einreden ist besonders zu verhandeln und durch Urteil zu entscheiden, wenn der Beklagte auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, oder wenn das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung anordnet.

Das Urteil, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, ist in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen; das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei.

Mot. S. 193—195. KPr. S. 80, 543.

1. Der Beklagte, welcher eine oder mehrere prozeßhindernde Einreden vorbringt, kann die Verhandlung zur Hauptsache verweigern, bis über die Einreden entschieden ist; er kann sich aber auch eventuell, d. h. für den Fall der Verwerfung der Einreden, auf die Hauptsache einlassen, ohne die Entscheidung über die Einreden abzuwarten. Verweigert der Beklagte die Verhandlung z. H., so muß über die prozeßhindernden Einreden insgesamt besonders verhandelt und entschieden werden. Daraus folgt, daß der Beklagte in diesem Falle nicht riskiert, bei Verwerfung der Einrede in der Hauptsache kontumaziert zu werden (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 298). Macht der Beklagte von der Befugnis die Verhandlung z. H. zu verweigern keinen Gebrauch, so kann gleichwohl das Gericht auf Antrag des Klägers oder des Beklagten oder auch von Amtswegen anordnen, daß über die Einreden beson-

ders verhandelt werde. Eine solche Anordnung entspricht der in § 137 zugelassenen Beschränkung der Verhandlung; die Bem. Nr. 3 und 4 zu § 137 findet darauf entsprechende Anwendung. Als bloß prozeßleitende Anordnung kann sie vom Gericht auf Antrag oder von Amtswegen wieder aufgehoben werden (§ 141). Wird die gesonderte Verhandlung über die Einreden angeordnet, so ist regelmäßig auch besonders darüber zu entscheiden; doch kann das Gericht, weil es den Beschränkungsbeschluß aufheben kann, auch ohne Entscheidung über die Einreden die Verhandlung z. H. anordnen.

Die Befugnis des Beklagten, die Verhandlung z. H. zu verweigern, cessiert in dem in Bem. Nr. 3 litt. a besprochenen Falle, sowie auch dann, wenn der Beklagte sich in die mündliche Verhandlung z. H. einmal eingelassen hat. Das Gericht kann auch in diesen Fällen die gesonderte Verhandlung anordnen. Verweigert der Beklagte in einem Falle, wo ihm die Befugnis, die Verhandlung z. H. abzulehnen, nicht zusteht, diese Verhandlung, so riskiert er, bei Verwerfung der Einrede in der Hauptsache kontumaziert zu werden (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 1 zu § 298).

Insoweit der Beklagte die Befugnis zur Einlassungsverweigerung hat, kann er auch in den vorbereitenden Schriftsätzen der Ausführungen z. H. sich enthalten, ohne daß er wegen mangelhafter Vorbereitung der Verhandlung in die Kosten einer Vertagung ꝛc. verurteilt werden könnte. Daß der Beklagte in den Schriftsätzen sich auf die Hauptsache einließ, hindert ihn nicht, im Termin die Verhandlung z. H. abzulehnen.

2. Ist eine prozeßhindernde Einrede begründet, so ist die Klage ohne Urteil zur Hauptsache abzuweisen (absolutio ab instantia). Über dieses Urteil und seine Anfechtbarkeit vgl. Bem. Nr. 2 zu § 247. [Irrtümlich ist die Ansicht von Osterloh a. a. O. S. 80, wonach im Falle der Nr. 5 des § 247 Zwischenurteil auf Zulässigkeit der Einlassungsverweigerung erfolgen soll.]

3. Ist die prozeßhindernde Einrede nicht begründet, so ist sie durch Urteil zu verwerfen. Dabei ist keine Entscheidung über die Prozeßkosten zu treffen [RG. 7. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1065, 4. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 113 S. 413]. Als Zwischenurteil (vgl. § 275) wäre das Urteil an und für sich nicht selbständig anfechtbar. In § 248 Abs. 2 ist jedoch dessen selbständige Anfechtbarkeit durch Berufung und Revision ausgesprochen. Zweifelhaft ist, ob diese selbständige Anfechtbarkeit bloß in dem Falle, daß zufolge Einlassungsverweigerung oder Anordnung des Gerichts die Verhandlung auf die Prozeßeinrede war, oder auch dann eintritt, wenn das Gericht, ohne gesonderte Verhandlung angeordnet zu haben, ein die Einrede verwerfendes Zwischenurteil gemäß § 275 erläßt. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (vgl. hann. Entw. § 244, hann. Prot. S. 3546, Nordd. Entw. § 414, sowie die preuß. AGO. I §§ 68—72) macht es wahrscheinlich, daß die selbständige Anfechtbarkeit nur eintritt, wenn abgesonderte Verhandlung stattfand [vgl. Gaupp II S. 65 und RG. 29. Jan. 1886 Entsch. XV Nr. 110 S. 399]. Selbständiger Anfechtbarkeit unterliegt auch das Urteil, welches die auf Schiedsvertrag gestützte Einrede der Unzuständigkeit oder der Unzulässigkeit des Rechtswegs aus dem Grunde verwirft, weil der Schiedsvertrag solche Einrede nicht begründet [RG. 21. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 735, 1. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 77 S. 335], nicht aber das Zwischenurteil, welches gelegentlich anderer Entscheidung in den Gründen die Zulässigkeit des Rechtswegs beiläufig bejaht, ohne daß der Beklagte die Unzulässigkeit eingewendet hatte [RG. 25. Apr. 1884 Entsch. XI Nr. 102 S. 392].

4. Regelmäßig wird nach Erlassung eines Urteils, durch welches prozeßhindernde Einreden verworfen werden, das Verfahren zur Hauptsache nicht fortgesetzt, ehe das Urteil rechtskräftig geworden ist. Nach Eintritt der Rechtskraft wird nicht von Amtswegen Termin be-

stimmt; jede Partei kann die andere zur Verhandlung über die Hauptsache laden. Schon vor Eintritt der Rechtskraft kann das Gericht auf Antrag einer der Parteien anordnen, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei. Das Gericht hat freies Ermessen. Es hat die Dringlichkeit der Sache, insbesondere aber die Wahrscheinlichkeit einer Bestätigung des Urteils dabei in Betracht zu ziehen. Der Antrag ist im Termin zu stellen. Über denselben ist mündlich zu verhandeln. Soll der Antrag nach der Urteilsverkündung gestellt werden, so muß der Antragsteller den Gegner laden. Die Entscheidung ist Beschluß. Der Beschluß ist zu verkünden. Wird die Verhandlung z. H. angeordnet, so ist zugleich Termin zu bestimmen. Einer Ladung bedarf es nicht (§ 195). Der Beschluß ist nicht mit Beschwerde anfechtbar, weil er nur nach mündlicher Verhandlung ergehen kann (arg. § 530). Aus § 229 darf nicht die Anfechtbarkeit gefolgert werden; denn es handelt sich nicht um einen Aussetzungsantrag [vgl. Wilm. Levy N. 5]. Ist die Verhandlung z. H. angeordnet, so kann auch z. H. entschieden, es muß nicht die Entscheidung z. H. bis zum Eintritt der Rechtskraft des Zw.U. ausgesetzt werden. [AM. Oppenheim Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1 ff. u. Eccius eod. S. 476 ff., welche kein Endurteil z. H. sondern nur Feststellung von Thatsachen (!) oder Rechtsverhältnissen für zulässig halten.] Aussetzung auf Grund des § 139 kann nicht angeordnet werden, weil der § 139 Anhängigkeit eines anderen Prozesses voraussetzt [vgl. Struckm. Koch N. 4, Gaupp II S. 139, Keyßner Ztschr. f. d. g. HR. XXVII S. 327]; aber der Beschluß, daß z. H. zu verhandeln sei, kann zurückgenommen und damit das Verfahren sistiert werden. Ist, bevor in der unteren Instanz z. H. geurteilt wird das Zw.U. in der oberen Instanz abgeändert, d. i. wegen begründeter prozeßhindernder Einrede auf Zurückweisung der Klage (absolutio ab instantia) erkannt worden, so ist diese Entscheidung vom Untergericht zu berücksichtigen und das Verfahren z. H. unter Zurücknahme des Beschlusses, der die Verhandlung z. H. angeordnet hat, abzubrechen. Einerlei, ob das oberrichterliche Urteil rechtskräftig ist oder nicht; denn schon vor der Rechtskraft ist das die Prozeßeinrede verwerfende Urteil, welches die Unterlage für die Fortsetzung des Verfahrens war, beseitigt. Wird in der unteren Instanz ein Urteil z. H. gefällt, bevor das Zwischenurteil formell rechtskräftig (§ 645) ist, so ist die materielle (nicht die formelle) Rechtskraft des Urteils z. H. in der Schwebe, bis über die Prozeßeinrede rechtskräftig entschieden ist. Wird das Zw.U. in der höheren Instanz aufgehoben, so fällt damit auch das vorinstanzielle Urteil z. H. zusammen, ohne daß es dessen Anfechtung durch Rechtsmittel bedarf. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 5, v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 852 ff., Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 342, Stein Urk.Pr. S. 337, Troll Vers.Urt. S. 62, Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 78, RG. 28. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 121 S. 426, 30. Sept. 1885 XV Nr. 92 S. 349 ff. AM. Gaupp II S. 66, v. Bülow Komm. N. 2 zu § 248, Hönemann Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 858 ff.] Es empfiehlt sich, in dem Endurteil z. H. den Vorbehalt der Rechtskraft des Zw.U. auszusprechen. Notwendig [wie Wilm. Levy u. Kohler a. a. O. meinen] ist dies nicht. Weil der Bestand des Urteils z. H. von dem Bestand des selbständig anfechtbaren Zw.U. bedingt ist, so steht selbst die formelle Rechtskraft des Urteils z. H. der Anfechtung des Zw.U. nicht im Wege. [Vgl. RG. 30. Sept. 1885 Entsch. XV Nr. 92 S. 348 ff. Dagegen hat RG. 13. Jan. 1885 XIV Nr. 97 S. 343 ff. in einem Fall, wo das Urteil z. H. ein Versäumnisurteil war, angenommen, daß die Rechtskraft des letzteren Urteils die Anfechtung des Zw.U. abschneide, weil letzteres durch das Vers.Urt. außer Kraft gesetzt werde. Die Entscheidung ist wohl nicht richtig; denn das Vers.Urt. beruht nicht weniger als ein Nicht-Vers.Urt. auf der Voraussetzung des Zw.Urt., insofern ohne letzteres eine weitere Verhandlung z. H. und also eine Versäumnis nicht möglich wäre. Vgl. Troll Vers.Urt. S. 62.]. Aus der Bedingtheit des Urteils z. H. folgt weiter, daß dasselbe nicht (auch nicht vorläufig) voll-

streckbar ist, ehe das Zw.U. rechtskräftig geworden ist [vgl. RG. Entsch. XV S. 355 f.]. Wird das Urteil z. H. angefochten, ehe das Zw.U. rechtskräftig ist, so ist die höhere Instanz an das Zw.U. gebunden, solange nicht durch Anfechtung des Zw.U. die Kognition darüber zur höheren Instanz erwachsen ist. Wird durch Rechtsmitteleinlegung das Zw.U. zur Kognition des Obergerichts gebracht, nachdem dieses bereits Urteil z. H. erlassen hat, so kann das Obergericht, wenn es, das Zw.U. reformierend, auf abs. ab inst. erkennt, seinem eigenen Urteil z. H. die Unterlage entziehen, selbst wenn dieses formell rechtskräftig geworden war. — Die gleichen Komplikationen können sich aus § 276 Abs. 2 ergeben.

5. Mit prozeßhindernden Einreden kann eine Widerklage nur in der Weise kombiniert werden, daß sie für den Fall der Verwerfung der Einreden angebracht wird [Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 38 f.]. Auf prozeßhindernde Einreden gegen die Widerklage finden die Vorschriften des § 248 entsprechende Anwendung [vgl. die Litteraturangaben in Bem. Nr. 13 zu § 247]. Desgleichen auf die Klagerweiterung und Widerklage nach § 253.

6. Die Befugnis des Beklagten, wegen prozeßhindernder Einreden die Einlassung zu verweigern, cessiert im amtsgerichtlichen Verfahren (§ 465 Abs. 3), im Verfahren vor dem Berufungs- und Revisionsgericht (§§ 490 Abs. 2, 529), im Urkunden- und Wechselprozeß (§ 557), sowie nach Verwerfung einer anderen prozeßhindernden Einrede, s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 247.

§ 249.

Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirks zu verweisen.

Ist das Urteil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Amtsgericht anhängig.

KPr. S. 7, 15, 80, 81, 499, 543.

1. § 249 bezieht sich auf den Fall, daß eine bei einem Landgericht angebrachte Klage mit Rücksicht auf GVG. § 23 Nr. 1 oder 2 abgewiesen wird. Die Abweisung und die damit zu verbindende Verweisung kann in erster Instanz von der Kammer für Civilsachen wie von der Kammer für Handelssachen, sie kann in zweiter und dritter Instanz ausgesprochen werden. Die Entscheidung bindet nach § 11 das Amtsgericht, bei welchen die Sache später anhängig wird. Wird die Unzuständigkeit des Landgerichts auf Grund der Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit ausgesprochen, so ist § 249 nicht anwendbar. Ebenso, wenn die Abweisung aus dem doppelten Grunde erfolgt, weil weder sachliche Zuständigkeit noch ein Gerichtsstand für die Klage bei dem Landgerichte vorhanden ist. — Dem § 249 entspricht in dem Verfahren vor den Amtsgerichten der § 466.

2. Die Verweisung erfolgt nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Klägers. Der Antrag ist in der mündlichen Verhandlung zu stellen. Der Antrag ist zulässig bis zum Schlusse der Verhandlung. Als prozessualischer Antrag ist er von § 491 Abs. 2 nicht berührt und daher noch in der Berufungsinstanz zulässig. Aber auch in der Revisionsinstanz ist ein neuer Verweisungsantrag zulässig, da neues thatsächliches Vorbringen dazu nicht erforderlich ist. Ist bei mehreren Amtsgerichten des landgerichtlichen Sprengels ein Gerichtsstand begründet, so steht dem Kläger das Wahlrecht zu; er muß in seinem Antrag das Amtsgericht bezeichnen. Der Antrag kann sowohl unter Anerkennung der Unzuständigkeit des Landgerichts wie auch als eventueller unter Behauptung der Zuständigkeit gestellt werden. In dem

Antrag liegt noch kein Verzicht auf das zuständige Rechtsmittel gegen die Abweisung der Klage.

3. Dem Antrage muß stattgegeben werden, wenn auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit die Unzuständigkeit ausgesprochen wird. Wie die Unzuständigkeitserklärung, so kann auch die Verweisung nur durch Urteil ausgesprochen werden. Das Urteil hat den Kläger in die Kosten des bisherigen Verfahrens zu verurteilen. Die Kosten sind nicht als Teil der bei dem Amtsgericht erwachsenen Kosten zu behandeln (arg. a contr. § 467 Abs. 2); denn die Klage ist nicht, wie im Falle des § 467, bei dem rechten Gericht erhoben. Das Urteil, welches die Klage vom Landgericht ab- und den Prozeß an das Amtsgericht verweist, ist als Endurteil mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln anfechtbar [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 11]. Wurde in dem die Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit abweisenden Urteil der Antrag auf Verweisung nicht berücksichtigt, so ist Abhülfe nur durch Berufung oder Revision möglich; nicht durch Ergänzung nach § 292, denn es ist kein Haupt- oder Nebenanspruch, sondern nur ein prozessualischer Antrag übergangen und die entsprechende Anwendung des § 292 ist nicht (wie in § 694) vorgesehen [AM. Wilm. Levy N. 1].

4. Zu Abs. 2: Mit der formellen Rechtskraft (§ 645) des die Verweisung aussprechenden Urteils tritt die Rechtshängigkeit des Rechtsstreits bei dem Amtsgericht ein. Daher bedarf es keiner neuen Klagerhebung; jede Partei kann den Gegner zur mündlichen Verhandlung vor das Amtsgericht laden (Ladungsfrist!). Von Amtswegen wird kein Termin bestimmt und nicht geladen. Die Wirkungen der neuen Rechtshängigkeit werden nicht zurück datiert. Das ist nicht für die prozessualischen Wirkungen (§ 235), möglicher Weise aber für die nach materiellem Recht mit der Rechtshängigkeit verbundenen Wirkungen bedeutsam. Wenn z. B. nach materiellem Recht durch die Klagerhebung vor einem unzuständigen Gericht die Verjährung nicht unterbrochen wird, so erfolgt die Unterbrechung erst in dem Zeitpunkte, in welchem die Rechtshängigkeit bei dem Amtsgericht eingetreten ist.

§ 250.

Nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden kann das Gericht in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, unter Vertagung der mündlichen Verhandlung ein vorbereitendes Verfahren anordnen.

Mot. S. 195. 238—240. KPr. S. 81, 543.

1. Von dem vorbereitenden Verfahren, dessen Voraussetzungen, Durchführung, Wirkungen ꝛc. handeln die §§ 313—319. Das vorbereitende Verfahren kann auf Antrag oder von Amtswegen angeordnet werden. Die Anordnung bewirkt Ausschluß der präkludierbaren Prozeßeinreden nach Maßgabe des § 247 Abs. 3.

2. Das Gericht kann die Trennung (§ 136) oder die Beschränkung (§ 137) des Verfahrens und zugleich über einzelne Ansprüche oder Teile des Prozeßstoffes ein vorbereitendes Verfahren anordnen. Ebenso kann bei Erlassung eines Teil- oder Zwischenurteils das vorbereitende Verfahren über andere Ansprüche oder Teile des Prozeßstoffs angeordnet werden.

3. Im Urkunden- und Wechselprozeß kann ein vorbereitendes Verfahren nicht angeordnet werden, weil derselbe keine dazu geeigneten Verhältnisse zum Gegenstand hat [vgl. Stein Urk. Proz. S. 172].

§ 251.

Angriffs- und Verteidigungsmittel (Einreden, Widerklage, Repliken u. s. w.)

können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden.

Das Gericht kann, wenn durch das nachträgliche Vorbringen eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird, der obsiegenden Partei, welche nach freier richterlicher Überzeugung imstande war, das Angriffs- oder Verteidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, die Prozeßkosten ganz oder teilweise auferlegen.

Mot. S. 32—36, 195—198, 205, 206. KPr. S. 81, 83, 89, 543.

1. Die Einheit der mündlichen Verhandlung. Die in § 251 Abs. 1 ausgesprochene Regel steht im Zusammenhang mit dem Grundsatze der Mündlichkeit des Verfahrens. Das schriftliche Verfahren ist seiner Natur nach ein einseitiges, ungleichzeitiges. Der schriftliche Prozeß bewegt sich in fest bestimmten Abschnitten vorwärts; auf die Klage folgt die Vernehmlassung, auf diese die Replik, auf die Replik die Duplik. Jeder Schriftsatz hat einen bestimmten Inhalt und selbst für diesen eine bestimmte Reihenfolge. Die technisch-prozessualische Regel, daß Repliken nicht zu antizipieren seien, hat für den schriftlichen Prozeß Sinn und Bedeutung. Die Übertragung dieser Verhältnisse auf den mündlichen Prozeß, welcher seiner Natur nach ein zweiseitiges gleichzeitiges Verfahren ist, würde, selbst wenn sie durchzuführen wäre, ganz unnatürlich sein. Die mündlichen Parteivorträge müssen geordnet sein. Der Vorsitzende hat hierauf zu achten, und das Gericht ist befugt, die Verhandlung nach § 137 zu beschränken, wenn die gemeinschaftliche Verhandlung des ganzen Prozeßstoffs die Übersichtlichkeit gefährden würde. Allein innerhalb dieser Schranken ist eine weitere nicht aufgerichtet. Die mündliche Verhandlung ist nicht in Abschnitte von bestimmter Reihenfolge zerlegt. Vielmehr ist die mündliche Verhandlung bis zum Urteil als ein Akt anzusehen, selbst wenn sie in mehrere äußerlich und zeitlich, möglicher Weise auch durch Beweisbeschlüsse getrennte Akte zerfällt (vgl. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 119). Konsequenz dieses Satzes sind die Vorschriften, wie sie in § 251 für Angriffs- und Verteidigungsmittel, in § 256 für Beweismittel und Beweiseinreden erlassen sind.

Hiernach ist die sog. Eventualmaxime beseitigt. Das der Eventualmaxime zu Grund liegende Prinzip, daß im Interesse der Prozeßbeschleunigung alle Einreden, Repliken 2c. und Beweismittel bei Meidung des Ausschlusses gleichzeitig vorgebracht werden müssen, paßt nicht zu einem Verfahren, welches zeitlich abgegrenzte Stadien innerhalb der dem Urteil vorhergehenden mündlichen Verhandlung nicht kennt.

2. Wegen des Begriffs „Angriffs- und Verteidigungsmittel" s. Bem. Nr. 2 zu § 137. Der Begriff umfaßt alle thatsächlichen Anführungen (positive und negative, also auch reine Negationen), welche die Parteien zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruchs oder der prozessualischen Geltendmachung desselben vorbringen. Der Begriff ist in § 251 enger als in §§ 65, 137, 491 Abs. 2, weil er, wie aus § 256 hervorgeht, die an und für sich darunter fallenden Beweismittel und Beweiseinreden hier nicht umfaßt. Die Widerklage ist kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel (s. die in Bem. Nr. 2 zu § 137 cit. Schriftsteller). Daß sie in § 251 unter den Angriffs- und Verteidigungsmitteln genannt ist, beruht auf einer schiefen Ausdrucksweise des Gesetzes. Die Widerklage soll nur bezüglich der Zeit, innerhalb deren sie zulässig ist, den Angriffs- und Verteidigungsmitteln gleichgestellt, d. i. bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, zugelassen werden. Korrekt wäre das zu formulieren gewesen: „Angriffs- und Verteidigungsmittel (Einreden, Repliken u. s. w.) können 2c. — geltend gemacht werden. Dasselbe gilt von der Widerklage." Die Gleichstellung ist nicht zu generalisieren; sie führt zu Mißverständnis über das

Wesen der Widerklage. [Vgl. Schollmeyer Zwischenstreit zc. S. 47, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 22—29. Unrichtig Hellmann Komm. I S. 143 f., 229, 283, II S. 44, 47, 55 und Lehrb. S. 441 ff. Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 66.]

3. „Schluß der Verhandlung". Vgl. § 127 Abs. 4 und die Bem. Nr. 3 litt. d dazu.

4. „Urteil" umfaßt alle Arten von Urteilen, also unbedingte wie bedingte, den Prozeß ganz oder teilweise erledigende End- (Teil-) urteile, auch Zwischenurteile (§ 275). Da das Zwischenurteil das Gericht wie die Parteien bindet, so ist das Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, welche sich auf den durch das Zwischenurteil erledigten Prozeßstoff beziehen, mit dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Zw.-U. ergeht, ausgeschlossen [vgl. bay. o. LG. SA. XXXIX Nr. 147].

5. Die Regel des § 251 erleidet Einschränkungen: a) Durch § 39, wonach die Rüge der Unzuständigkeit (mit Ausnahme der Fälle des § 40) durch die ohne solche Rüge bethätigte Einlassung zur Hauptsache ausgeschlossen wird; b) durch § 44 Abs. 4, wonach die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit vor der Einlassung bzw. Antragstellung erfolgen muß; c) durch § 73, wonach die nominatio auctoris durch die Einlassung zur Hauptsache präkludiert wird; d) durch § 241, wonach Widerspruch gegen die Klagänderung durch die vorbehaltlose Einlassung auf die geänderte Klage ausgeschlossen wird; e) durch § 247, wonach sog. verzichtbare prozeßhindernde Einreden durch die Verhandlung zur Hauptsache ausgeschlossen werden; f) durch die Vorschrift des § 267, wonach die Befugnis, die Verletzung gewisser prozessualischer Vorschriften zu rügen, verloren geht, wenn die Partei bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte (vgl. §§ 492 und 521); g) durch die Vorschrift des § 319.

6. Zu Abs. 2: Die Auferlegung von Prozeßkosten geschieht von Amtswegen. Über den Zeitpunkt der Entscheidung s. Bem. Nr. 4 zu § 87. Nachträglich ist jedes Vorbringen, welches in früherer Verhandlung hätte vorgebracht werden können, nicht bloß das Vorbringen nach Beweisbeschluß (Mot. S. 206). Das Gericht hat freies Ermessen (KPr. S. 81 ff.). Deswegen, weil ein Vorbringen nicht in den vorbereitenden Schriftsätzen stand, ist dasselbe noch nicht verspätet [vgl. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 310. AM. eod. VIII. S. 514]. Verschleppungsabsicht oder grobe Nachlässigkeit (§ 252) ist nicht erforderlich; immerhin aber ein Verschulden. — In GKG. § 48 ist für den Fall des § 251 Abs. 2 die Erhebung einer erhöhten Gebühr zugelassen.

§ 252.

Verteidigungsmittel, welche von dem Beklagten nachträglich vorgebracht werden, können auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat.

Mot. S. 25—29, 206. KPr. S. 84—90, 543.

1. Nur Verteidigungsmittel (s. Bem. Nr. 2 zu § 251) des Beklagten bzw. Widerbeklagten können zurückgewiesen werden. Dazu gehören wie in § 251 nicht Beweismittel und Beweiseinreden. Beweismittel können nur nach §§ 339 oder 398 zurückgewiesen werden.

Die Kompensationseinrede kann nach § 252 zurückgewiesen werden; denn sie ist Verteidigungsmittel, und § 136 Abs. 2 bietet genügenden Schutz nur gegen verspätete Kompensationseinrede mit nicht konnexer Gegenforderung [vgl. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 76 ff.] Dagegen kann eine Widerklage nicht nach § 252 zurückgewiesen werden; denn sie ist nicht Verteidigungsmittel (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 251); gegen Verschleppung des Prozesses durch Widerklagen bietet § 273 und bei Mangel der Konnexität auch § 136 Abs. 2 ausreichenden Schutz. Der Beklagte kann dadurch, daß er bezüglich eines verspäteten Verteidigungsmittels Inzidentwiderklage erhebt, die Anwendung des § 252 nicht ausschließen; weist das Gericht nach § 252 das Verteidigungsmittel zurück, so ist die darauf bezügliche Inzidentwiderklage ebenfalls zurückzuweisen, weil das betreffende Rechtsverhältnis nicht mehr für die Entscheidung in der Instanz präjudiziell ist. [Vgl. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 77 N. 2. AM. Gaupp II S. 82.]

2. Zur Zurückweisung ist erforderlich: a) nachträgliches Vorbringen; wann das Vorbringen verspätet ist, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen. b) Antrag des Klägers auf Zurückweisung. Der Antrag kann nur in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Über den Antrag ist der Beklagte zu hören. c) Die Überzeugung des Gerichts, daß die Erledigung des Rechtsstreits durch die Zulassung des Verteidigungsmittels verzögert würde. Ist also ein Einwand liquid oder sofort zur Verwerfung reif, so kann nicht die Zurückweisung erfolgen. d) Die Überzeugung des Gerichts, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit das Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht habe. Daß der Beklagte das Verteidigungsmittel früher hätte vorbringen können, genügt nicht.

3. Die Zurückweisung ist im (bedingten oder unbedingten) Endurteil auszusprechen; im Zwischenurteil, wenn sich das zurückgewiesene Verteidigungsmittel auf den durch das Zw.-U. erledigten Prozeßstoff bezieht. Das zurückgewiesene Verteidigungsmittel ist für die erste Instanz verloren, nicht für die Berufungsinstanz (vgl. Bem. Nr. 1 litt. b und c zu § 491). — Über Zurückweisung verspäteter Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren s. § 502. — In Ehesachen ist § 252 nur in erster Instanz anwendbar (§ 583).

§ 253.

Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teile abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.

Mot. S. 188, 189, 205, 206, 225—228. KPr. S. 90, 106—108, 543.

1. § 253 hängt mit § 231 und mit § 293 zusammen. Nach § 293 wird die in den Entscheidungsgründen enthaltene Entscheidung über ein präjudizielles Rechtsverhältnis nicht rechtskräftig. Der Richter muß sich zwar über das Bestehen oder Nichtbestehen des präjudiziellen Rechtsverhältnisses stets schlüssig machen und in den Gründen aussprechen; sonst könnte er nicht zur Entscheidung der präjudizierten Sache gelangen. Aber eine der Rechtskraft fähige Entscheidung des präjudiziellen Rechtsverhältnisses wird ohne einen Antrag nach § 253 nicht gegeben. Der Antrag nach § 253 bildet die Handhabe, mittels deren die Parteien eine der Rechtskraft fähige Entscheidung des Präjudizialpunktes bewirken können. Der Antrag bewirkt, daß der Präjudizialpunkt Streitgegenstand und dessen Entscheidung der Rechtkraft fähig wird.

2. Antragsberechtigt sind beide Parteien, nicht Nebenintervenienten, auch nicht, wenn sie unter § 66 fallen; denn Nebenintervenienten können nicht den Streitgegenstand über die Grenze der Anträge der unterstützten Partei erweitern (vgl. Bem. Nr. 2 litt. g zu § 64 u. Bem. Nr. 3 litt. g zu § 66).

Stellt der Kläger den Antrag, so liegt darin die Verbindung einer neuen Klage mit der früheren. Das Gesetz spricht von „Erweiterung des Klagantrags", versteht aber darunter nicht, wie in § 241 Nr. 2, eine Ausdehnung des Klagantrags unter Beibehaltung des Klagegrunds, sondern eine neue Klage, welche möglicherweise ein anderes Rechtsverhältnis betrifft. Auch ein durch die Verteidigung des Beklagten hereingezogenes präjudizielles Rechtsverhältnis kann den Gegenstand der Zusatzklage bilden. Z. B. Der Beklagte will mit einer Zinsforderung kompensieren, der Kläger kann Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens des Kapitalanspruchs stellen. In der JK. d. RT. (KPr. S. 90) wurde erwähnt, es stehe dem Kläger frei, wenn der Beklagte eine den Klagantrag übersteigende Forderung zur Aufrechnung bringe, die Feststellung des Nichtbestehens dieser Forderung in ihrer vollen Höhe mittels Klagerweiterung zu beantragen. Das ist nicht richtig; denn das nicht zur Kompensation verwendete Plus ist nicht präjudiziell. — Der Antrag des Klägers wird Präjudizialinzidentklage genannt.

Stellt der Beklagte den Antrag, so liegt darin eine Widerklage (Präjudizialinzidentwiderklage). Auf diese Widerklage finden die Bemerkungen zu § 33 entsprechende Anwendung.

3. Für die vorbezeichneten Inzidentklagen gelten die allgemeinen prozessualischen Voraussetzungen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 247). Das Rechtsverhältnis, dessen Feststellung verlangt wird, muß die Fähigkeit haben, Civilprozeßgegenstand zu sein. Die Klage (Widerklage) muß ordnungsmäßig in der mündlichen Verhandlung unter Beobachtung des § 269 erhoben werden. Auf die Klage und Widerklage finden die §§ 247 und 248 entsprechende Anwendung.

Über sachliche Zuständigkeit für die Inzidentklage und -widerklage. Wird in einem bei dem Landgerichte anhängigen Rechtsstreit mittels der Inzidentklage oder -widerklage die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, für welches an und für sich das Amtsgericht sachlich zuständig wäre, so kann das Landgericht als das höhere Gericht auch über den zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Präjudizialpunkt entscheiden. Der umgekehrte Fall, daß in einem bei dem Amtsgericht anhängigen Prozeß in Gemäßheit des § 253 die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt wird, für welches die Landgerichte zuständig sind, ist in § 467 geregelt; vgl. Bem. Nr. 1 und 2 dazu. Soweit Prorogation für den Rechtsstreit über das präjudizielle Rechtsverhältnis nach § 40 Abs. 2 ausgeschlossen ist (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 40), kann das Amtsgericht auch nicht durch Inzidentklage oder -widerklage zur rechtskräftigen Entscheidung über das Rechtsverhältnis zuständig werden; vielmehr ist in diesen Fällen die abs. ab inst. bezüglich der Inzidentklage oder -widerklage von Amtswegen auszusprechen, mit oder ohne Verweisung an das Landgericht, je nachdem Antrag nach § 467 gestellt ist oder nicht. — Für den Fall, daß in einem bei der Kammer für Handelssachen anhängigen Rechtsstreite die Klage in Gemäßheit des § 253 der CPrO. durch den Antrag auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses erweitert oder eine Widerklage erhoben ist, und die erweiterte Klage oder Widerklage als Klage nicht vor die Kammer für Handelssachen gehört, ist im GVG. § 105 Vorsorge getroffen. Es ist der Rechtsstreit auf Antrag des Gegners an die Civilkammer zu verweisen. Unter der Beschränkung des GVG. § 103 Abs. 2 ist die Kammer für Handelssachen zu der Verweisung auch von Amtswegen befugt. [Vgl. Hauser Ztschr. für R. und LR. III S. 391—393.]

Über den Gerichtsstand der Inzidentklage und -widerklage. Für die In-

zidentklage kann sich aus § 253 ein neuer Gerichtsstand ergeben (z. B. A klagte gegen B am forum solutionis auf Vertragserfüllung. Im Prozesse macht B Gegenansprüche aus einem anderen Obligationsverhältnisse compensando geltend. A kann die Feststellung des Nichtbestehens dieses Verhältnisses beantragen, obwohl für den betr. Inzidentantrag, wenn man ihn als selbständige Klage betrachtete, ein Gerichtsstand bei dem Prozeßgericht nicht bestände). Für Inzidentwiderklagen ist ein neuer Gerichtsstand durch § 253 nicht geschaffen; denn derartige Widerklagen sind stets konnex mit der Vorklage und fallen daher schon unter § 33 [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 101 ff.]. Gleichwie aber der Gerichtsstand des § 33 vor dem ausschließlichen Gerichtsstand zurücktreten muß, so kann auch ein Gerichtsstand aus § 253 nicht hergeleitet werden, wenn für die Klage aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht. Die Ausschließlichkeit eines Gerichtsstandes hat ihren Grund in Rücksichten des öffentlichen Rechts. Es liegt im öffentlichen Interesse, daß über gewisse Privatrechtsverhältnisse, welche (wie z. B. die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden) publizistische Bedeutung haben oder haben können, nur gewisse, zur Rechtsfindung besonders geeignete Gerichte urteilen. Deswegen ist die Vereinbarung über die Zuständigkeit für unzulässig erklärt, soweit ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist (§ 40 Abs. 2); deswegen ist die Zulässigkeit der Widerklage in entsprechender Weise beschränkt (§ 33 Abs. 2). Dieselben Rücksichten fordern, daß es den Parteien nicht gestattet werde, mittels der Inzidentklage oder -widerklage die Ausschließlichkeit eines Gerichtsstands zu umgehen. Beispiele: A hat als Eigentümer des im Bezirke des Gerichts M gelegenen Ackers x gegen B als Eigentümer der im Bezirke des Gerichts N gelegenen Wiese y die actio confessoria auf Anerkennung einer Wegegerechtigkeit nach § 25 Abs. 2 bei dem Gerichte N erhoben. Wenn im Laufe dieses Prozesses das Eigentum des A an dem Grundstück x streitig wird, so kann er nicht mittels der Inzidentklage die Frage, ob er Eigentümer, bei dem Gerichte N zur rechtskräftigen Entscheidung bringen. Oder: A hat unter der Behauptung, Eigentümer des im Sprengel des Gerichts M gelegenen Waldes zu sein, den B auf Schadensersatz wegen widerrechtlicher Beschädigung des Waldes bei dem Gericht N als dem allgemeinen Gerichtsstand des B verklagt. Wenn B im Laufe des Prozesses das Eigentum des Klägers an dem Walde und damit dessen Klagerecht bestreitet, so kann weder A noch B die Eigentumsfrage bei dem Gerichte N zur rechtskräftigen Entscheidung bringen. In solchen Fällen muß natürlich der Präjudizalpunkt in den Entscheidungsgründen erledigt werden. Aber rechtskräftig entschieden wird er nicht. Verweisung der präjudiziellen Sache samt der präjudizierten an das für erstere ausschließlich kompetente Gericht kann nicht stattfinden, weil das Gesetz, welches die Verweisungsfälle in den §§ 249, 467 regelt, diesen Fall nicht berührt. Daher ist die eine Inzidentklage bzw. Widerklage durch absolutio ab inst. „von hier" abzuweisen (vgl. Bem. Nr. 4 a. E.). [So auch Petersen S. 425 und Ztschr. f. d. CPr. II S. 195 ff., Puchelt II S. 49, v. Sarwey I S. 384, Wilm. Levy N. 2 zu 253, Gaupp II S. 83, Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 398 und Handb. I S. 488 f., Fitting eod. LXIII S. 247, v. Bülow N. 3, Löning Ztschr. f. d. CPr. IX S. 101, Planck I S. 77 und 97. AM. Struckm. Koch N. 2 zu § 253, Hellmann Komm. II S. 72 ff. und Lehrb. S. 145 ff., Baron Ztschr. f. d. CPr. I S. 39 ff., Bolgiano S. 138 und (teilweise) Schollmeyer Zwischenstreit S. 35 ff.]

4. Mit Bezug darauf, daß die Anträge nach § 253 innerhalb eines anhängigen Rechtsstreits erhoben werden, ergeben sich folgende Sätze: a) Die Anträge sind nur zulässig während der Rechtshängigkeit des Prozesses und zwar, da sie in mündlicher Verhandlung zu stellen und neue Anträge in der Berufungsinstanz durch § 491 ausgeschlossen sind, nur solange mündliche Verhandlung des Rechtsstreits in erster Instanz stattfindet. b) Die Anträge sind nur zulässig, wenn beide Parteien in dem Termin zur mündlichen Verhandlung erscheinen

und verhandeln; denn sonst kann ein Rechtsverhältnis nicht im Laufe des Prozesses streitig geworden sein. c) Die Anträge sind nur zulässig, wenn das Rechtsverhältnis, dessen Feststellung verlangt wird, präjudiziell für die Entscheidung des Rechtsstreits in dem Sinne ist, daß die Entscheidung des letzteren nicht erfolgen kann, ohne daß der Richter sich über das erstere ein Urteil bildet. Ist das Rechtsverhältnis präjudiziell, so bedarf es nicht des Nachweises eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung. d) Über den Rechtsstreit in seiner ursprünglichen Ausdehnung und den nach § 253 gestellten Antrag ist einheitlich zu verhandeln. Trennung nach § 136 ist nicht zulässig (s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136). Da einheitliche Verhandlung nur in gleicher Prozeßart möglich ist, so sind Anträge nach § 253 nur zulässig, wenn dieselben sich zur Verhandlung in der gleichen Prozeßart eignen. Im Urkunden- und Wechselprozeß, im Mahnverfahren vor Überleitung in das ordentliche Verfahren, in dem Arrest und einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren sind daher Anträge nach § 253 ganz ausgeschlossen, weil sie sich nicht zur Verhandlung in einer dieser Prozeßarten eignen. Im Ehe- und Entmündigungsprozeß stehen die Vorschriften der §§ 575 Abs. 2, 575 Abs. 2, 608 (620, 624, 626) der Zulässigkeit jener Anträge entgegen. e) Wird der Prozeß, innerhalb dessen Antrag nach § 253 gestellt ist, ohne Entscheidung zur Sache erledigt, z. B. durch Zurückweisung der Klage wegen Mangels ordnungsmäßiger Klageschrift oder wegen einer der sog. prozeßhindernden Einrede oder durch Zurücknahme der Klage, so ist keine Entscheidung über die materialia causae des Inzidentantrags möglich. Der Antrag steht in Abhängigkeit von dem Prozesse, in welchem er gestellt wird. Wird über den Gegenstand des ersteren kein Urteil zur Hauptsache nötig, so kann nicht über das Rechtsverhältnis, dessen Feststellung durch Inzidentantrag verlangt wird, geurteilt werden, weil das Rechtsverhältnis gar nicht für derartige Prozeßerledigung präjudiziell ist.

§ 254.

Die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkte ein, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird.

Mot. S. 189. KPr. S. 90, 543.

1. § 254 bezieht sich auf Ansprüche, welche mittels Modifikation der Klage nach § 240 Nr. 2 oder 3, mittels Klagänderung (§ 241), Inzidentantrags (253), Widerklage (§ 33) erhoben werden; nicht auf Kompensationseinreden (vgl. Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136 und Bem. Nr. 2 zu § 235). Die Rechtshängigkeit tritt nicht ein mit Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der betreffende Antrag angekündigt wird, sondern erst durch den Vortrag der Sachbitte nebst der Begründung in der mündlichen Verhandlung. Wegen Verlesung des Antrags s. § 269.

2. Die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit treten nur ein, wenn die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der betreffenden Anträge vorhanden sind; die prozeßrechtlichen (§ 235) aber schon bei unzulässigen Anträgen (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 235).

§ 255.

Jede Partei hat unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten und über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel sich zu erklären.

In betreff der einzelnen Beweismittel wird die Beweisantretung und

die Erklärung auf dieselbe durch die Vorschriften des sechsten bis zehnten Titels bestimmt.

Mot. S. 25–38, 195–204. KPr. S. 90, 543.

1. **Das System der Beweisverbindung.** [Vgl. Wach Vortr. S. 148 ff.] Die Ordnung des früheren gemeinen Prozesses beruhte auf der Trennung des Beweisens von dem Behaupten. Die Behauptungen beider Parteien wurden in einen Prozeßabschnitt zusammengedrängt, in welchem vom Beweisen noch keine Rede war; erst in einem zweiten, zeitlich getrennten Abschnitte des Prozesses, nach vollständiger Beendigung des Behauptens folgte die Thätigkeit des Beweisens. Zwischen den beiden Abschnitten stand das Beweisurteil. [Über die geschichtliche Entwickelung dieses Systems s. Planck Lehre von dem Beweisurteil §§ 1—25.] Die Prozeßordnung hat dieses System verlassen. Die Urteilsnatur der Beweisverfügung ist beseitigt. Die Operationen des Behauptens und des Beweisens sind an keine getrennten Abschnitte gebunden. Den Parteien steht es nicht nur frei, aus der einen Thätigkeit in die andere überzugehen und wieder zur ersten zurückzukehren (dies war das System des justinianischen und des altitalienischen Prozesses, s. Planck a. a. O. S. 241), sondern beide Thätigkeiten sollen mit einander verbunden werden.

Über das System der Beweisverbindung wird in den Motiven ausgeführt: „Die Beweise treten mit den Behauptungen in gleiche Linie; wie diese anzuführen, so sind jene anzubieten; das Gesetz, nicht das Gericht, sagt den Parteien, was von ihnen behufs Durchführung ihrer Ansprüche zu beweisen sei und wer von ihnen dieses zu beweisen habe, wie das Gesetz, nicht das Gericht, die Parteien darüber belehrt, welche Behauptungen sie zur Begründung ihrer Ansprüche und zur Widerlegung der gegnerischen Ansprüche vorzubringen haben. Demgemäß ist der Beweisbeschluß nichts anderes, als eine Verfügung, welche die Aufnahme bestimmter angebotener Beweise zuläßt; er enthält keine Beweisauflage, keine Aufforderung an die Parteien, nachträglich den Beweis von Thatsachen anzutreten, welche das Gericht für erheblich hält, die Parteien aber für unerheblich erachtet haben, keine Regelung der Beweislast. Die Notwendigkeit und das Bedürfnis, die Beweislast zu regeln, wird prinzipiell nicht berührt; wohl aber wird dieses Bedürfnis, im Hinblick auf das Ergebnis geführter oder nichtgeführter Beweise in sehr vielen Fällen praktisch sich gar nicht geltend machen . . . . Mit der Beweisverbindung des Gesetzes ist der Begriff des *Gegenbeweises* im (früheren) gemeinrechtlichen Sinne unvereinbar. Dieser Begriff hat nur Bedeutung und Berechtigung in einem Verfahren, welches das Beweisinterlokut adoptiert hat; nur in einem solchen Verfahren kann einer Beweisführung *formell* eine Gegenbeweisführung entgegentreten, nur in einem solchen Verfahren ist eine Theorie der Gegenbeweisführung, wie sie sich im gemeinen Prozeßrechte entwickelt hat, möglich und angebracht. Werden mit der Aufstellung der Behauptungen die Beweise angetreten und werden die Beweise aufgenommen, ohne daß entschieden wird, wem die Beweislast obliegt, so läßt sich zwar die Richtung der Beweisführung — ob ein Beweismittel zum Nachweise oder zur Widerlegung einer thatsächlichen Behauptung dienen soll — unterscheiden, allein darin liegt bekanntlich das Wesen des Gegensatzes zwischen Beweis und Gegenbeweis *nicht*. Nach dem System des Gesetzes wird der Beweis nicht auferlegt, es kann sonach der Gegenbeweis nicht stillschweigend vorbehalten sein; für die Behauptung wie für die Gegenbehauptung muß der Beweis von den Parteien von vornherein angetreten werden; den einen wie den andern muß der Richter durch den Beweisbeschluß zugelassen haben, wenn er überhaupt zur Aufnahme kommen soll, und wenn auch schon bei Zulassung der Beweise der Richter sich klar zu machen haben wird, was aus dem Nachweise oder der Widerlegung einer thatsächlichen Behauptung für die Entscheidung folgt, so kommt doch die Beweispflicht der einen oder andern Partei als solche erst in Frage, wenn das Resultat des erhobenen Beweises gezogen wird und sich dabei herausstellt, daß nichts erwiesen sei; daraus folgt, daß eine Beweisführung der nicht beweispflichtigen Partei nicht ausgeschlossen ist, wenn auch die beweispflichtige Partei Beweis nicht angetreten hat; die Frage, *ob* und *was* bewiesen ist, tritt in den Vordergrund. Das Gesetz hat, um die Übertragung bisheriger Anschauungen auf das von ihm gewollte, dem bestehenden preußischen Rechtszustande konforme Prozeßrecht zu verhüten, den Ausdruck „Gegenbeweis"

vermieden und sich statt dessen der Ausdrücke „Widerlegung thatsächlicher Behauptungen" (§§ 121 Nr. 5, 255 Abs. 1, 324 Nr. 3) und „Beweis des Gegenteils" (§§ 153 Abs. 2, 411, 428, 428) bedient; nur im § 16 Nr. 1 des Einführungsgesetzes mußte von dem Ausdrucke „Gegenbeweis" Gebrauch gemacht werden, weil es wünschenswert erschien, bei Definition der praesumtio iuris dem bisherigen Sprachgebrauche zu folgen."

[Gegen die in den Motiven vorgetragene Ansicht von der Unvereinbarkeit des Gegenbeweises im gemeinrechtlichen Sinne mit dem Systeme der CPrO. Bolgiano Arch. f. c. Pr. LIX S. 205 ff., Handb. S. 505 ff., Ztschr. f. d. CPr. III S. 196 ff., vgl. auch XI S. 241 ff. Seinen Ausführungen kann nicht beigetreten werden.]

Die Motive bemerken ferner: „Daß sich eine Partei zum Beweise oder zur Widerlegung derselben thatsächlichen Behauptung gleichzeitig verschiedener Arten von Beweismitteln bedienen kann, bedurfte keiner ausdrücklichen Hervorhebung. Dasselbe gilt von der Bestimmung der württemb. PrG. Art. 406, daß streitige Thatsachen unmittelbar oder mittelbar durch die Erweisung solcher Thatsachen bewiesen oder widerlegt werden können, aus welchen sich die Wahrheit bzw. Unwahrheit der zu beweisenden Thatsachen mittels Schlußfolgerungen ergiebt, und von den Bestimmungen der bayer. Pr.O. Art. 326, daß eine Partei, wenn sie durch Schlüsse oder Vermutungen Beweis führen will, ihr Beweisanerbieten auch auf die Thatsachen, aus welchen der Schluß gezogen oder die Vermutung abgeleitet werden soll, zu richten hat und daß ein solches Anerbieten nicht das gleichzeitige Angebot unmittelbarer Beweise ausschließt. Beide Bestimmungen konnten um so weniger Aufnahme finden, als sie geeignet erscheinen, Mißverständnisse hervorzurufen. Mit der Beweisverbindung des Gesetzes ist der Begriff des künstlichen Beweises — oder richtiger, der künstlichen Beweisführung im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie — unvereinbar. Denn, sollen mit der Aufstellung der Thatsachen zugleich die Beweise angetreten werden, so müssen die Thatsachen so konkret vorgelegt werden, wie die Benutzung der Beweismittel es erfordert. Daraus folgt, daß sich die Parteien nicht darauf beschränken können, die unmittelbar erheblichen Thatsachen zu behaupten, daß sie vielmehr verpflichtet sind, auch die mittelbar erheblichen Thatsachen sofort in der Verhandlung vor Erlaß des Beweisbeschlusses vorzubringen. Dadurch wird der Richter in den Stand gesetzt, die von der Partei gezogenen Schlußfolgerungen prüfen und die angebotenen Beweise sofort verwerfen zu können, wenn er sich von der Richtigkeit der Schlußfolgerungen nicht zu überzeugen vermag. Dieser Vorteil, die Vermeidung nutzloser Beweisführungen, würde aufgegeben werden, wenn in dem Beweisbeschlusse nicht die mittelbar erhebliche Thatsache, sondern, der gemeinrechtlichen Theorie entsprechend, die unmittelbar erhebliche Thatsache zum Beweise verstellt und die Auflösung der letzteren in künstlichen Beweis nach Erlaß des Beweisbeschlusses gestattet würde (vgl. hannov. Prot. XV 5575—5581)."

2. Wann eine thatsächliche Behauptung des Beweises bedürftig wird, ergiebt sich aus § 129 im Zusammenhalt mit §§ 261—264, 296, 404. Der Vorsitzende hat die Parteien zur Angabe der Beweismittel für die des Beweises bedürftigen Behauptungen aufzufordern (§ 130). Das Gericht kann die Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) anordnen, damit die Aufforderung nachgeholt werde. Des Beweises bedürftige Thatsachen, für welche kein Beweis angeboten ist, sind als nicht beweisbar zu betrachten. Daß die Partei zur Bezeichnung der Beweismittel erfolglos aufgefordert wurde, ist nicht gerade erforderlich. Aber das Gericht würde von der ihm mit dem Vorsitzenden zustehenden Prozeßleitungsbefugnis nicht den pflichtmäßigen Gebrauch machen, wenn es die Aufforderung unterließe, ohne Grund zu der Annahme zu haben, daß die Partei keinen Beweis anbieten könne oder wolle.

3. Die Beweismittel sind von den Parteien durch Angabe der einzelnen Zeugen, des Augenscheinsobjekts, der speziellen Urkunde 2c. zu bezeichnen.

4. Neben der Pflicht der Partei zur Bezeichnung der Beweismittel (§ 255) besteht die Befugnis des Gerichts, gemäß §§ 133, 134 die Vorlage der dort bezeichneten Urkunden,

Stammbäume, Pläne, Risse, Zeichnungen und Akten, ferner gemäß § 135 die Einnahme eines Augenscheines und die Begutachtung durch Sachverständige von Amtswegen anzuordnen. Diese Anordnung kann auch erfolgen, ohne daß die Partei jene Urkunden ꝛc. oder das Objekt der Augenscheinseinnahme als Beweismittel bezeichnet hat. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 135.

5. **Die Beweismittel.** Litteratur: Wach Vortr. S. 149 ff., Heusler die Grundlagen des Beweisrechts Arch. f. c. Pr. LXII S. 209 ff., v. Canstein die Grundlagen des Beweisrechts Ztschr. f. d. CPr. II S. 297 ff., Wendt Beweis und Beweismittel Arch. f. c. Pr. LXIII S. 254 ff., Ude Ztschr. f. d. CPr. VI S. 432 ff. Das Gesetz nennt Beweismittel: Augenschein (§§ 336, 337), Zeugen (§§ 338—366), Sachverständige (§§ 367—379), Urkunden (§§ 380—409) und Eid (§§ 410—439). Die Motive des Entwurfs bemerken, daß derselbe sich der Aufzählung aller Beweismittel enthalte und nur einige hervorhebe, ferner, daß das außergerichtliche Geständnis wegen seines Zusammenhangs mit dem Civilrecht nicht geregelt sei, und daß aus dessen Nichterwähnung nicht geschlossen werden dürfe, daß dem außergerichtlichen Geständnisse der Wert eines Beweismittels habe genommen werden sollen. — Über außergerichtliches Geständnis ist zu vergleichen Wetzell Syst. § 22, v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 257 ff., Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 216 ff., Planck I § 63.

Über die Begriffe Beweismittel und Beweisgründe und deren gegenseitiges Verhältnis besteht kein Einverständnis. Nach richtiger Ansicht sind nur Urkunden, Zeugen und der Eid Beweismittel [Heusler a. a. O.]. Außergerichtliche Geständnisse und Indizien sind Stützpunkte für richterliche Schlußfolgerungen und selbst Gegenstand des Beweises, aber keine Beweismittel. Wegen der sog. Vermutungen (praesumtiones) s. EG. § 16 Nr. 1 und die Bemerkungen dazu. Vermutungen sind keine Beweismittel.

6. Aufgehoben sind alle Vorschriften, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen (EG. § 14 Nr. 2). — Vereinbarungen und statutarische Bestimmungen, durch welche mit Bezug auf einen Rechtsstreit oder auf gewisse Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausgeschlossen werden, sind für den Prozeß bedeutungslos. [So auch Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 63, Wach eod. S. 225.] Vgl. a. Bem. Nr. 4 zu § 260.

7. **Die Beweislast.** Die Lehre von der Beweislast (Beweispflicht) soll nach Ansicht der Verfasser der Entwürfe in das materielle Recht gehören. [Dagegen mit Recht Wach I S. 125.] Das Gesetz hat eine Regelung der Beweislast nicht unternommen. In den Motiven heißt es: „Die Frage, wer zu beweisen habe, löst sich in die Frage auf, was zu beweisen sei; die Beantwortung dieser Frage aber richtet sich nach der Beantwortung der Frage, was zu behaupten sei, eine Frage, deren Entscheidung davon abhängt, welche Thatsachen nach dem materiellen Rechte zu den Klage (Replik-) Thatsachen oder zu Einrede (Duplik-) Thatsachen zu rechnen sind (vgl. Unger System des allg. österr. Privatrechts II S. 562 ff.)."

Aus der Litteratur des gem. Rechts über Beweislast: A. D. Weber, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß (Halle, 3. Aufl., besorgt von Heffter, 1845), Bethmann-Hollweg Versuche Nr. V, J. A. M. Albrecht die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses (München 1835), Planck die Lehre von dem Beweisurteil (Göttingen 1848) § 33, Helmolt Verhältnis der Exceptionen zur Beweislast (Gießen 1852), H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast (Jena 1858), Langenbeck die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 2. Abth. (Leipzig 1860), Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen (Göttingen 1861). Lehrbücher: Puchta § 97 und Vorlesungen dazu, Arndts § 114, Windscheid I § 133, Bayer § 227, Wetzell § 15.

Der Beweisbeschluß enthält keine Entscheidung über die Beweiskraft. Doch muß das Gericht, wenn nur von einer Seite in Bezug auf eine bestrittene Thatsache Beweis angetreten

ist, immerhin erwägen, ob die Partei, welche Beweis angetreten hat, die beweispflichtige ist. Denn eine Beweiserhebung wäre überflüssig, wenn Beweis nur von der nicht beweispflichtigen Partei angeboten ist. Entscheidung über die Beweislast wird nötig, wenn es zur Auflage eines zugeschobenen Eides kommt (vgl. § 412), ferner wenn Thatsachen des Beweises bedürftig bleiben und von keiner Seite Beweis angeboten wird. Über die Bedeutung der Beweislast für die Auflage eines richterlichen Eides vgl. Bem. Nr. 1 u. 2 zu § 437.

8. **Beweiserklärung (Beweiseinreden).** Erklärung auf Beweisantritt durch Urkunden s. § 404, durch s. Eid § 417. — Beweiseinreden sind nach der Definition des hann. Entw. § 285 und des nordd. Entw. § 475 „thatsächliche Einwendungen gegen die Zulässigkeit, die rechtliche Wirksamkeit oder die Glaubwürdigkeit eines Beweismittels". Zur Aufnahme dieser Begriffsbestimmung in das Gesetz bestand keine Veranlassung, nachdem das Beweisurteil weggefallen ist. Die Beweiseinreden treten zurück in die Reihe der mittelbar erheblichen thatsächlichen Behauptungen. Die Beziehung derselben auf die Beweismittel des Gegners ist kein Grund zu einer prozessualischen Sonderstellung (Mot. S. 196).

§ 256.

Beweismittel und Beweiseinreden können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden.

Auf das nachträgliche Vorbringen von Beweismitteln und Beweiseinreden findet die Vorschrift des § 251 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 25—38, 195—204. KPr. S. 90, 543.

1. § 256 erstreckt das in § 251 für andere Angriffs- und Verteidigungsmittel zum Ausdruck gelangte Prinzip auf Beweismittel (s. Bem. Nr. 5 zu § 255) und Beweiseinreden (s. Bem. Nr 8 zu § 255). Der Beweisbeschluß bewirkt keine Präklusion. Wegen Schlusses der Verhandlung s. Bem. Nr. 3 litt. d zu § 127. — „Urteil" umfaßt alle Arten von Urteilen; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 251.

2. Zu Abs. 2: Bem. Nr. 6 zu § 251 findet entsprechende Anwendung. Vgl. noch GKG. § 48. — Wegen Zurückweisung von Beweismitteln s. §§ 339 und 398.

§ 257.

Die Beweisaufnahme und die Anordnung eines besonderen Beweisaufnahmeverfahrens durch Beweisbeschluß wird durch die Vorschriften des fünften bis elften Titels bestimmt.

Mot. S. 195—200, 204, 205. KPr. S. 99, 543.

1. Der Beweisbeschluß bewirkt nicht, wie das gemeinrechtliche Beweisurteil, eine Cäsur des Verfahrens, sondern eröffnet nur eine Art von Zwischenverfahren, nach dessen Erledigung der Prozeß seinen regelmäßigen Fortgang nimmt. Der Beweisbeschluß bindet weder das Gericht noch die Parteien. Das Gericht kann den Beweisbeschluß nach neuer mündlicher Verhandlung stets zurücknehmen, es kann die Thatsachen, in Bezug auf welche ein Beweisbeschluß erlassen ist, im Urteil für unerheblich erklären. Über Anträge der Parteien auf Änderung des Beweisbeschlusses s. § 325 nebst den Bemerkungen. Der Beweisbeschluß ist nicht selbständig sondern erst mit dem Endurteil anfechtbar (§§ 473, 510).

2. Über Form und Inhalt des Beweisbeschlusses s. § 324 nebst den Bemerkungen.

§ 258.

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme haben die Parteien unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln.

Ist die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte erfolgt, so haben die Parteien das Ergebnis derselben auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen.

Mot. S. 204, 205. KPr. S. 90, 91. 543.

1. Litteratur: Wach Vortr. S. 7 ff., S. 184, Handb. I S. 332 N. 39, Planck I S. 182 ff., v. Wersebe Ztschr. f. d. CPr. I S. 432 ff., v. Krävel eod. II S. 402 ff., Vierhaus eod. V S. 100, Koffka Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 271 ff., und XXX S. 145 ff., Rocholl Rechtsf. I S. 501 ff., Lippmann Arch. f. d. CPr. LXX S. 95 ff., H. Meyer Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 707 u. XXXI S. 834 ff. Vgl. a. v. Kries Ztschr. f. d. g. StrRW. VI S. 114.

2. Die Verhandlung über das Ergebnis der Beweisaufnahme ist nur eine Fortsetzung der früheren, durch den Eintritt des Beweisverfahrens abgebrochenen Verhandlung. Wegen des Verhandlungstermins nach der Beweisaufnahme s. § 335.

3. Ist die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erfolgt, so braucht das Beweisergebnis durch die Parteien nicht vorgetragen zu werden. Sollte die zu unmittelbare Anreihung der Verhandlung an die vor dem Prozeßgericht erfolgte Beweisaufnahme unterblieben und bis zur Verhandlung und Entscheidung die Beweiserhebung dem Gedächtnis des Richters in dem Maße entschwunden sein, daß auch die Parteivorträge und die Einsicht des Protokolls die Erinnerung nicht zurückbringt, so bliebe nichts übrig, als die Wiederholung der Beweisaufnahme. Im Falle eines Wechsels in der Gerichtsbesetzung genügt dagegen Reproduktion des Beweisergebnisses durch die Parteien nach Maßgabe des Abs. 2 in der Schlußverhandlung, unbeschadet der Befugnis des Gerichts die Wiederholung der Beweisaufnahme anzuordnen [vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 94, v. Wersebe a. a. O., RG. 9. März 1882 Entsch. VI Nr. 54 S. 194. AM. Struckm. Koch N. 4, Petersen S. 432, v. Krävel a. a. O.] Natürlich ist den Parteien nicht verwehrt, in ihren Vorträgen die Beweisergebnisse anzuführen.

4. Ist die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt, so ist das Ergebnis derselben von den Parteien auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen, und zwar soweit wörtliche Anführung nötig ist, unter Verlesung des Protokolls. Berichterstattung eines Gerichtsmitglieds über das Beweisergebnis und Verlesen des über die Beweisaufnahme aufgenommenen Protokolls von Amtswegen ist gesetzwidrig. Die Richtigkeit und Vollständigkeit des Parteivortrags wird zunächst durch die gegenseitige Kontrolle der Parteien garantiert. Bei Differenzen entscheidet das Protokoll. Neben der Kontrolle der Parteien steht die des Vorsitzenden (§ 127 Abs. 3, § 130) und der Gerichtsmitglieder (§ 130 Abs. 3). Das protokollierte Ergebnis der Beweisaufnahme ist amtlich zur Kenntnis des Gerichts gelangt. Das Gericht hat daher das Recht und die Pflicht, auf Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Parteivorträge aufmerksam zu machen und deren Vervollständigung und Berichtigung zu veranlassen. Stellt sich erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der auf die Beweisaufnahme bezüglichen Vorträge heraus, so darf das Gericht zwar nicht das protokollierte, ihm aber nicht vorgetragene Ergebnis im Urteile verwerten, andererseits aber auch nicht auf Grund der unvollständigen oder unrichtigen Parteivorträge entscheiden, sondern es muß die Verhandlung wieder eröffnen (§ 142) und die Ergänzung oder Berichtigung veranlassen. Sollte es vorkommen, daß die Parteien trotzdem ein Beweisergebnis (z. B. die Aussage eines Zeugen) nicht vortragen, so liegt Verzicht auf dieses Beweismaterial vor und das Gericht darf dasselbe im Urteil nicht verwerten, es wäre denn, daß die Beweiserhebung einen von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkt beträfe oder von Amtswegen (z. B. § 135) angeordnet wurde. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 94, Petersen S. 432 f., Endemann II S. 69 f., Kleiner II S. 103, Wersebe, H. Meyer

und wohl auch Planck a. a. O.; vgl. a. nordd. Prot. S. 670 ff., ferner RG. 25. Jan. 1881 Entsch. IV Nr. 102 S. 369, 22. Nov. 1882 VIII Nr. 88 S. 327, wo für die Berufungsinstanz die Verwertung irgend welcher von den Parteien nicht reproduzierter Beweisergebnisse als unzulässig erklärt wird. AM. Wach, Koffka, Lippmann, Rocholl, v. Kries a. a. O.]. Dagegen sind auch übereinstimmende Vorträge der Parteien nicht imstande, das Gericht zur Annahme eines Beweisergebnisses zu nötigen, welches dem Protokolle nicht entspricht.

5. Über die Notwendigkeit der Reproduktion des Streitstoffes in der Verhandlung nach der Beweisaufnahme vgl. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 119.

§ 259.

Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

Mot. S. 206–208. KPr. S. 91, 92, 543.

1. Abs. 1 enthält den Grundsatz der freien Beweiswürdigung für thatsächliche Behauptungen. Dieser Grundsatz ist in allen neueren Gesetzen und Entwürfen (vgl. preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 § 39, preuß. Konkursordn. v. 8. Mai 1855 § 111, preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 § 17 und v. 1. März 1869 § 21, hannov. Ges. v. 2. Juli 1864 § 8, württ. PrO. Art. 443, bayer. PrO. Art. 345, hannov. Entw. § 306, preuß. Entw. § 421, Mot. S. 92—95, nordd. Entw. § 455 und Prot. II S. 679—682, 745, 746; RG. über das Urheberrecht ꝛc. v. 11. Juli 1870 § 29, Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 6, R.-Beamtenges. v. 21. März 1873 § 144, RG. über Markenschutz v. 30. Nov. 1874 § 16, RG. über das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst v. 9. Jan. 1876 § 16, RG. über den Schutz der Photographien v. 10. Jan. 1876 § 9, RG. an Mustern ꝛc. v. 11. Jan. 1876 § 14) zur Geltung gelangt. Vgl. a. Planck Kr. VJSchr. IV S. 248 ff., Votum d. 6. D. Juristentages (Verhandl. II S. 278, 284) und des 9. D. Juristentages (II S. 221 ff.), L. Seuffert über richterliches Ermessen (Gießen 1880), Ude Ztschr. f. d. CPr. VI S. 419 ff., Bähr Jahrb. f. Dogm. XXV S. 394 ff.

2. Die Motive bemerken: „Der Grundsatz, daß der Richter die Thatfrage frei zu würdigen habe, ist nicht auf das Ergebnis der Beweisführung beschränkt, sondern auf den gesamten Inhalt der Verhandlungen ausgedehnt worden. Diese Ausdehnung ist durch die Konsequenz und innere Gründe geboten. Soll die Entscheidung des Richters über die Wahrheit einer Thatsache auf seine Überzeugung gestützt werden, so ist es — insbesondere bei sogenanntem künstlichen Beweise — schlechterdings unmöglich, diejenigen Momente, welche sich aus den Erklärungen der Parteien ergeben, von den durch eine Beweisaufnahme erbrachten Momenten zu sondern und in ihrer Bedeutung hinter diesen zurücktreten zu lassen. Indem der Richter auch das Ergebnis der Sachverhandlung nach freier Überzeugung zu würdigen hat, ist ihm die Befugnis gegeben, eine bestrittene Thatsache auf Grund des Ergebnisses der gesamten Sachverhandlung mittels Schlußfolgerung aus anderen unbestrittenen Thatsachen und dem gesamten Sachverhalt — ohne Beweiserhebung — als wahr anzunehmen."

Dagegen kann der Richter eine nicht bestrittene Thatsache nicht als unwahr annehmen; denn nichtbestrittene Thatsachen bedürfen regelmäßig keines Beweises; es greift folglich auch keine Beweiswürdigung Platz. Ausnahmen s. Bem. Nr. 8 zu § 261.

3. Freiheit des Ermessens bedeutet nicht richterliche Willkür. Der Richter muß die Beweisfrage nach allgemein gültigen Wahrheitskriterien beurteilen. Nur wenn die Beweislage eine solche ist, daß man nach bewährter Erfahrung sich eine feste Überzeugung von der historischen Wahrheit oder Unwahrheit einer bestrittenen Thatsache bilden kann, darf der Richter im Prozesse die Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsache als erwiesen annehmen. Deshalb haben auch die Beweisregeln des früheren Prozesses, obwohl sie aufgehört haben, den Richter formell zu binden, den Wert „goldener Erfahrungssätze" (Mot. S. 208, vgl. a. Planck Kr. VJSchr. IV S. 251, L. Seuffert a. a. O.). — Zur Selbstkontrolle des urteilenden Gerichts wie zur Kontrolle durch das Berufungsgericht dient die Vorschrift, daß in dem Urteil die Gründe anzugeben sind, welche die richterliche Überzeugung geleitet haben. Phrasen, wie „Auf Grund der Verhandlung und der Zeugenaussagen hat das Gericht die Überzeugung gewonnen, daß ꝛc." genügen dieser Vorschrift nicht. Nichtbeachtung der Vorschrift begründet die Revision [RG. 10. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 60 S. 212; vgl. a. RG. 31. Jan. 1882 VI Nr. 44 S. 170. Dagegen Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 336 ff.].

Aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung folgt, daß das Gericht befugt ist, Beweisanerbietungen der Parteien abzulehnen, wenn es von der Wahrheit oder Unwahrheit der betreffenden Thatsache bereits vollständig überzeugt ist und unter Angabe der Gründe feststellt, daß die angebotene Beweisführung seine Überzeugung nicht zu beeinflussen vermöchte [vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 95, Petersen S. 433, Wernz Ztschr. f. R. u. LR. III S. 362, Ude a. a. O. S. 441 f., RG. 6. April 1881 Entsch. IV Nr. 23 S. 86, 3. Okt. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 160. AM. Struckm. Koch N. 1, Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 85], oder wenn es die Thatsache, für welche Beweis angeboten ist, für nicht erheblich erachtet, weil die von der Partei daran geknüpften Schlußfolgerungen nicht richtig sind [Mot. S. 199, KPr. S. 181 f., 551 f., Pr. der 168. Sitz. S. 3 (mit Bezug auf Zeugenbeweis), Ude a. a. O. S. 411 ff., RG. 21. März 1881 Entsch. IV Nr. 104 S. 377]. Dagegen gewährt § 259 nicht die Befugnis, eine angebotene Beweisführung aus dem Grunde abzulehnen, daß es dem Gericht nicht wahrscheinlich ist, daß die Beweiserhebung ein für die richterliche Überzeugung einflußreiches Resultat liefern werde [vgl. RG. 21. März 1881 Entsch. IV Nr. 104 S. 377, 2. Dez. 1881 V Nr. 122 S. 429, 16. Juni 1884 XV Nr. 85 S. 336, 20. Mai 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1100, 9. Jan. 1886 eod. XXX S. 1034, 11. März 1886 eod. XXX S. 1027, 11. Mai 1886 SA. XLII Nr. 67]. In solcher Ablehnung, sowie auch darin, daß das Gericht ein Beweisanerbieten übergeht, ohne sich über dasselbe auszusprechen, liegt eine die Revision begründende Verletzung des Gesetzes [RG. 21. April 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1155, vgl. RG. 10. Okt. 1883 eod. S. 1161, RG. 3. Dez. 1884 eod. XXIX S. 1004].

4. EG. § 14 Nr. 1 beseitigt landesgesetzliche Vorschriften über bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils für den Civilrichter. Gleichwohl wird der Civilrichter sich nicht ohne zwingende Gründe mit dem strafgerichtlichen Urteil in Widerspruch setzen. Über Beweiswürdigung auf Grund von Zeugenaussagen, die im Strafverfahren abgegeben wurden vgl. RG. 26. Juni 1885 Entsch. XV Nr. 89 S. 342.

5. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedarf der Beschränkung. Die im Gesetz aufgestellten Beschränkungen beziehen sich auf die Beweiskraft von Urkunden (§§ 380—383), auf die Beweiskraft des Eides und auf die Folgen der Erlassung und Verweigerung des Eides (§§ 392, 406 Abs. 3, 423, 428, 429, 437, 439). Weitere Beweisregeln enthalten die §§ 150, 181 Abs. 2, 185 Abs. 2, 285, 403 Abs. 2, 405 Abs. 2 und EG. § 16 Nr. 2. Keine Regeln über Beweiswürdigung, sondern Regeln über Beweislast enthalten die §§ 153 Abs. 2 und 402. Vorschriften, welche das Gericht anweisen, Thatsachen wegen Versäumung einer

Prozeßverhandlung als des Beweises nicht bedürftig anzunehmen (§§ 129 Abs. 2, 217 Abs. 4, 220 Abs. 2, 296 Abs. 1, 316 Abs. 2, 404 Abs. 3, 504), sind nicht Beschränkungen der freien Beweiswürdigung; denn hierbei ist von Beweiswürdigung überhaupt nicht die Rede [Unrichtig Ude a. a. O. S. 450]. Auch die als Versäumnisfolgen eintretenden Fiktionen der Zustellung (§§ 161, 221 Abs. 2, 730 Abs. 2, 736 Abs. 2, 189, 190] und der Eidesverweigerung (§§ 417, 430) sind keine Beweisregeln.

6. Wegen der sog. Vermutungen (praesumtiones) s. EG. § 16 Nr. 1 nebst den Bemerkungen dazu.

§ 260.

Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf.

Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben.

Mot. S. 208, 209. KPr. S. 92, 543.

1. Litteratur: Ude Ztschr. f. d. CPr. VI S. 451 ff., Rocholl eod. X S. 338 ff. RG. Entsch. VI S. 190, S. 356, VII S. 368, VIII S. 224, IX S. 416, X S. 64 u. S. 78, XII S. 404, XIII S. 61 u. 264, XV S. 71, XVIII S. 339; Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 259, XXX S. 1124.

2. Soweit die Vorschriften des § 260 über § 259 hinausgehen, sind dieselben nur anwendbar in Prozessen um Ansprüche auf Schadensersatz oder Interesse, deren Höhe bestritten ist. Über den Begriff Schadensersatz oder Interesse vgl. Windscheid Pand. II § 257 f., Cohnfeld d. L. v. d. Interesse (1865). Auch zum Begriffe des Interesses gehört ein schädigendes Ereignis. [Vgl. RG. 4. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 56 S. 224: der Anspruch des Freikuxberechtigten auf den Ausbeuteanteil an einem Bergwerke ist keine Interesseforderung im Sinne des § 260; 2. Dez. 1884 XII Nr. 120 S. 404: auf den Anspruch des Expropriierten auf den Wert des enteigneten Gegenstandes ist § 260 nicht anwendbar.]

In jedem Rechtsstreit über Schadensersatz oder Interesse ist festzustellen und nötigenfalls zu beweisen: a) die Thatsache, aus welcher die Verpflichtung zur Leistung des Schadensersatzes oder des Interesses abgeleitet wird, z. B. die schuldhafte Sachbeschädigung, die Körperverletzung, das betrügerische Vorgehen, die Verletzung der Vertragspflicht, die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung ꝛc. b) Der Kausalzusammenhang zwischen dieser Thatsache und dem Eintritt eines behaupteten Schadens oder Gewinnentgangs, dessen Ersatz beansprucht wird (Kausalität). Dieser Kausalzusammenhang kann bei der Interesseforderung ein hypothetischer sein, da dem Interesse wesentlich nur das Verhältnis der Bedingtheit zu Grunde liegt, dieses aber nicht notwendig eine bereits eingetretene Ursache und eine bereits eingetretene Wirkung voraussetzt, sondern ebensowohl gegeben ist, wenn Ursache und Wirkung noch nicht eingetreten sind [Cohnfeldt a. a. O. S. 136]. c) Die Höhe des Schadens oder Interesses, dessen Ersatz beansprucht wird.

Bezüglich des Beweises der Thatsache ad a enthält § 260 keine besondere Vorschrift.

Dieser Beweis ist nach allgemeinen Regeln zu führen und zu beurteilen. — Bezüglich des Beweises der Kausalität (ad b) und der Höhe des Schadens oder Interesses (ad c) ist dem Gericht durch § 260 eine noch freiere Stellung eingeräumt, als sie ihm nach der allgemeinen Norm des § 259 zukäme. Der Wortlaut des § 260 nötigt zwar nicht zu solcher Annahme; denn daß das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheidet, ist nach § 259 überhaupt Rechtens, und daß das Gericht die Notwendigkeit einer beantragten Beweisaufnahme prüft, sowie daß es von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anordnen kann, folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen (vgl. §§ 323, 135). Aber aus der Entstehungsgeschichte wie aus der Begründung des § 260 ergiebt sich, daß eine Abweichung von den allgemeinen Beweisregeln beabsichtigt ist. Der Richter soll befugt sein, selbst dann, wenn das Ergebnis der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht genügt, um Kausalität und Schadenshöhe zu seiner vollen Überzeugung darzuthun, darüber mit Abschneidung jeder Beweisaufnahme, nach Anhörung von Sachverständigen oder ohne solche, nach freiem Ermessen zu entscheiden [Wach Kr. VJSchr. XIV S. 360, Ude a. a. O. S. 452 ff.]. Die Gründe, welche für die richterliche Entscheidung maßgebend gewesen sind, brauchen (anders als nach § 259) nicht angegeben zu werden und können oft nicht angegeben werden. — Im Zusammenhang damit steht die dem Gerichte durch § 260 eröffnete weitere Möglichkeit, unter Abschneidung jeder anderen Beweiserhebung, diejenige Partei, welche den Schadensersatz oder das Interesse fordert, zur eidlichen Schätzung zuzulassen. Zu solcher Schätzung kann es nur kommen, wenn die verpflichtende Thatsache (s. o. ad a) feststeht. Der Schätzungseid des § 260 ist eine Unterart des richterlichen Eides (§ 437); auf denselben finden die § 438, 439 entsprechende Anwendung. Der Eid kann daher nur durch bedingtes Endurteil, nicht durch Beweisbeschluß angeordnet werden. Der Eid ist dahin zu leisten, daß der Schaden oder das Interesse nach der Überzeugung des Schwörenden sich bis zu dem von ihm angegebenen Betrage belaufe. Das Urteil muß aber den Betrag bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf (iurare cum taxatione). In dem bedingten Urteil ist die Folge sowohl der Leistung wie der Verweigerung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, anzugeben. Der Eintritt dieser Folge wird durch Endurteil ausgesprochen (§ 427). Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der Thatsache, daß der Schaden bzw. das Interesse die beschworene Höhe erreicht, begründet (§ 428 Abs. 1). Das Gericht ist an die beschworene Höhe gebunden. Die Erlassung des Eides von Seite des Gegners hat dieselbe Wirkung, wie die Leistung des Eides (§ 429 Abs. 1). Die Verweigerung des Eides hat zur Folge: wenn der Gegner des Schwurpflichtigen einen geringeren Betrag des Schadens bzw. Interesses zugegeben hat, daß der Schaden bzw. das Interesse in diesem geringeren Betrage als feststehend gilt; wenn der Gegner des Schwurpflichtigen gar keinen Schadens- bzw. Interessebetrag zugegeben hat, daß kein Schadens- bzw. Interessebetrag als erweisbar angenommen, folglich der Anspruch abgewiesen wird (arg. § 429 Abs. 2). Eine nachträgliche Schätzung durch das Gericht kann nicht stattfinden; die dem Kläger durch l. 71 D. de R. V. 6, 1, l. 2 C. de in lit. iur. 5, 53 zugestandene Befugnis, unter Ablehnung des Eides richterliche Schätzung zu verlangen, ist aufgehoben. Daß der Schwurpflichtige ein Minus gegenüber dem ursprünglich verlangten und in die Eidesnorm aufgenommenen Betrag beschwören kann, ergiebt § 431. Erscheint der Schwurpflichtige nicht, so ist nach § 430 zu verfahren. [Zustimmend zu allen Sätzen Ude a. a. O. S. 462 f.]

Nichtanwendung oder irrige Anwendung des § 260 begründet die Revision [vgl. die in Bem. Nr. 1 angeführten UU.].

3. Die in dem gemeinen Recht enthaltenen Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen der Schadensersatzberechtigte ein Recht darauf hatte, zur eidlichen Schätzung

(iuramentum in litem, Würderungseid) zugelassen zu werden — s. Windscheid Pand. I § 133 Nr. 2 b, Schröter Ztschr. f. CR. u. Pr. VII S. 11, VIII S. 159 f., F. Mommsen Beitr. III S. 259 f., Wetzell § 28 N. 1; tit. D. de in litem iurando 12, 3; tit. C. de in lit. iur. 5, 53; l. 18 pr. § 1 D. de dolo 4, 3; l. 68 D. de R. V. 6, 1; l. 25 § 1 D. sol. matr. 24, 3; l. 9 C. unde vi 8, 4 (iuramentum Zenonianum); c. 7 X.; de his quae vi 1, 40 — sind beseitigt. Nicht aufgehoben sind die mit den Bestimmungen über den Würderungseid verbundenen Vorschriften darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Leistung des Interesses zur Entstehung gelangt. — Die in l. un. C. de sent. quae pro eo etc. 7, 47 enthaltene Vorschrift über Maximalhöhe des Interesses ist durch § 260 nicht beseitigt, denn sie betrifft die Höhe der zulässigen Interesseforderung, nicht die Beweisführung [RG. 27. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 52 S. 182, 11. Dez. 1883 X Nr. 52 S. 194].

4. Vereinbarungen und statutarische Bestimmungen, daß bei der Festsetzung eines Schadens gewisse Beweismittel, z. B. der Schätzungseid, ausgeschlossen seien, oder daß der Beweis des Schadens nur durch bestimmte Beweismittel solle geliefert werden können, sind für den Richter nicht maßgebend (s. Bem. Nr. 6 zu § 255; vgl. a. Nordd. Prot. II S. 1050). Anders steht es mit folgenden, namentlich bei Versicherungsverträgen vorkommenden Vereinbarungen: a) Die Entscheidung des ganzen Streites um den Schadensersatz ist vertragsmäßig bestimmten Personen übertragen; darin liegt ein Schiedsvertrag, der nach §§ 851 ff. zu beurteilen ist. b) Die Feststellung des Schadensbetrags ist im Vertrage einem oder mehreren Schätzleuten (arbitratores) übertragen; darüber s. Bem. Nr. 2 vor § 851. Gemeinrechtlich ist dieser Vertrag gültig. c) In dem Vertrage ist bestimmt, daß für den Fall des Eintritts einer schädigenden Thatsache, z. B. des Untergangs eines Schiffes, eine bestimmte Summe bezahlt werden solle. Dann liegt überhaupt kein Anspruch auf Schadensersatz oder Interesse vor, sondern ein Anspruch auf ein certum, das von dem wirklichen Schaden und Interesse verschieden sein kann. d) Im Vertrage ist bestimmt, daß als Schaden ersetzt werde, was sich durch einen im voraus bestimmten Berechnungsmodus (z. B. bei partieller Schädigung durch Schätzung des Restes und Subtraktion des Schätzungsergebnisses von dem Versicherungsbetrag) ergebe. Auch in diesem Fall entsteht aus dem Vertrage kein Anspruch auf „Schadensersatz“, sondern ein Anspruch auf Zahlung der nach der bestimmten Berechnung sich ergebenden Summe.

§ 261.

Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.

Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich.

Mot. S. 210–214. KPr. S. 92, 543.

1. Litteratur: v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 257 ff., Demelius die Confessio im röm. CPr. und das gerichtl. Geständnis der neuesten Prozeßgesetzgebung (1880), Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 201 ff., Planck I § 62, Hellmann Lehrb. S. 267 ff. Vgl. a. Petersen Ztsch. f. d. CPr. III S. 428 ff.

2. Gerichtliches Geständnis ist die im Laufe des Rechtsstreits bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters abgegebene

Erklärung, daß eine vom Gegner zu seiner Rechtsverfolgung oder Verteidigung aufgestellte Behauptung nicht bestritten werden wolle.

a) Das Geständnis ist gerichtliches G. nur für den Rechtsstreit, in dessen Laufe es abgelegt wurde, für andere Rechtsstreitigkeiten derselben oder anderer Parteien außergerichtliches. Wegen des außergerichtlichen Geständnisses vgl. Bem. Nr. 5 zu § 255.

b) Das nicht in mündlicher Verhandlung, sondern in einem vorbereitenden Schriftsatze abgelegte Geständnis ist nicht gerichtliches Geständnis; dasselbe kommt nur als außergerichtliches G. in Betracht [vgl. RG. 28. Okt. 1882 SA. XXXVIII Nr. 347].

c) Gerichtliches Geständnis ist positive Erklärung, nicht Unterlassung des Bestreitens. Vgl. untem Bem. Nr. 3 litt. b.

d) Das gerichtliche Geständnis ist einseitige Erklärung; Annahme seitens des Gegners ist nicht erforderlich (Abs. 2). Als einseitige Handlung kann die Erklärung auch in Abwesenheit des Gegners erfolgen. [Mot. S. 211, Demelius a. a. O. S. 403, Wach a. a. O. S. 246, Planck I S. 321. Unrichtig v. Canstein a. a. O. S. 329 ff.]

e) Die das Geständnis enthaltende Erklärung folgt zumeist nach einer gegnerischen Behauptung, kann aber auch vorausgehen; wenn die Geständniserklärung vorausging, bedarf es immer noch der derselben entsprechenden Behauptung des Angreifers [vgl. v. Bethmann-Hollweg Vers. Nr. 4 S. 302 N. 102a, Wetzell § 19 Nr. 1 a. E., Bayer § 223 Nr. 7, Planck I S. 252, 322 ff.]

f) Das Geständnis kann sich beziehen α) auf die Behauptung reiner Thatsachen: Thatsachengeständnis. Ein solches liegt auch dann vor, wenn die Behauptung der Thatsachen unter Anwendung gemeinverständlicher juristischer Begriffe, z. B. Hingabe zum Darlehen, Abschluß eines Kaufvertrags, Verpfändung ꝛc., vorgetragen und in dieser Gestalt zugestanden wird [vgl. v. Savigny Syst. VII S. 45]. β) Auf die Behauptung von Rechtsverhältnissen, z. B. des Eigentums, einer Servitut, eines Pfandrechts an einer Sache, eines Forderungsrechts, der Verwandtschaft zweier Personen, des Erbrechts in Bezug auf einen bestimmten Nachlaß. Dieses Geständnis ist von dem Wortlaute des § 261 nicht gedeckt. Gleichwohl muß dasselbe hinsichtlich der Wirkungen dem gerichtlichen Geständnisse von Thatsachen gleichgestellt werden. Nicht bloß ward das Zugeständnis von Rechtsverhältnissen im früheren gemeinen Prozeß nicht anders als das Thatsachengeständnis behandelt [vgl. Wetzell S. 197, Renaud S. 283], sondern diese Gleichstellung ist auch notwendige Konsequenz der gesetzlichen Vorschriften in § 261 und § 278. Wenn einerseits der § 261 den Parteien an die Hand giebt, durch Thatsachengeständnis die thatsächliche Unterlage der Rechtsverhältnisse der gerichtlichen Nachprüfung zu entziehen und dadurch indirekt über ihre Rechtsverhältnisse zu verfügen; wenn andererseits § 278 die Möglichkeit gewährt, durch Anerkenntnis des erhobenen Anspruchs die gerichtliche Prüfung der dem Anspruch zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse abzuschneiden, so ist nicht abzusehen, warum das Zugeständnis eines Rechtsverhältnisses der Parteidisposition in geringerem Maße anheimfallen sollte. [Im Resultate ebenso: Wilm. Levy N. 3, v. Canstein a. a. O. S. 340, Petersen Komm. S. 439 und Ztschr. f. d. CPr. III S. 428 ff., Demelius S. 400 f.; vgl. a. RG. 26. Jan. 1883 Entsch. XI Nr. 108 S. 406, wo der § 263 auf das Zugeständnis von Forderungsrechten angewendet wird. AM. Struckm. Koch N. 2 zu § 261—263, Hellmann Komm. II S. 94 u. Lehrb. S. 267 f., Eccius (Förster) Pr. PrR. I § 50 N. 16, Dernburg Pr. PrR. I § 81, RG. 29. Mai 1883 Entsch. X Nr. 111 S. 365 (letztere Entscheidung ist im Resultate richtig, denn es lag kein Geständnis vor, aber unrichtig motiviert).] γ) Auf den rechtshängig gewordenen Anspruch. Das Zugeständnis von Ansprüchen, im Gesetze Anerkenntnis genannt, ist in § 278 geregelt. Anerkenntnis ist Unterwerfung des Beklagten unter den durch Klage (oder Widerklage) er-

hobenen Anspruch. Es ist ein plus gegenüber dem Zugeständnis von Thatsachen und von Rechtsverhältnissen. Beim Thatsachenzugeständnis wird auf die richterliche Prüfung der Wahrheit der Thatsachen, beim Zugeständnis eines Rechtsverhältnisses auf die Prüfung des Rechtsverhältnisses, beim Anerkenntnis auf die Prüfung des Anspruchs verzichtet.

3. Wirkungen: a) Soweit das gerichtliche Geständnis reicht, tritt das Bedürfnis nach Beweis der Thatsachen, bzw. nach Substanzierung der Rechtsverhältnisse und nach Beweis der zu Grunde liegenden Thatsachen nicht ein. Jede Partei hat die prozessualische Befugnis, durch Bestreiten gegnerischer Behauptungen die richterliche Untersuchung der Wahrheit derselben zu veranlassen. Unterläßt eine Partei, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, so ist das Gericht (abgesehen von den in Bem. Nr. 8 besprochenen Ausnahmen) nicht veranlaßt und nicht befugt, die Wahrheit der betreffenden Behauptungen zu untersuchen. Was zugestanden ist, bedarf keines Beweises, weil es nicht bestritten ist. In diesem Punkte stehen die zugestandenen mit den nicht bestrittenen Thatsachen gleich. Das hat zu der irreleitenden Redeweise von den „als zugestanden anzusehenden" Thatsachen verführt (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 129 und Bem. Nr. 2 zu § 296). — Ist das Gericht nicht befugt, die Wahrheit unbestrittener Behauptungen nachzuprüfen, so muß es dieselben als richtig annehmen. Ob sich diese Nötigung auch auf unmögliche Thatsachen und Rechtsverhältnisse bezieht, ist eine müßige Frage; das Gericht ist nicht da, um Komödie zu spielen, und wird Parteien, welche ihm absichtlich Unsinn vortragen, nach GVG. § 178 (CPrO. § 144), Anwälte aber unter Abbrechung der Verhandlung nach GVG. § 180 behandeln. Ebensowenig kann das Gericht durch Geständnis genötigt werden, eine Thatsache als geschehen oder nichtgeschehen anzunehmen, wenn das Gegenteil bei Gericht offenkundig (§ 264) ist. Denn insoweit Notorietät eingreift, zessiert die Berechtigung, vom Gegner Beweis zu fordern; wenn aber diese Berechtigung zessiert, so ist auch der Verzicht darauf wirkungslos. [So auch Demelius a. a. O. S. 404 ff., v. Canstein Ztschr. f. d. c. Pr. I S. 276 u. 330, II S. 304 N. 6, Stein Urk.Proz. S. 134, Planck I S. 447, Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 27 f. AM. Osterloh Ztschr. f. d. CPr. IV S. 493.] — b) Was gerichtlich zugestanden ist, kann nicht mehr beliebig, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 263 bestritten werden. Hier unterscheiden sich zugestandene von nicht bestrittenen Thatsachen. Letztere können nachträglich noch ohne die Voraussetzungen des § 263 bestritten werden. Das Gebundensein an das Geständnis vorbehaltlich der restitutionsähnlichen Gestattung des Widerrufs nach § 263 erklärt sich daraus, daß zu dem Nichtbestreiten noch etwas Positives, das ist die Geständniserklärung, hinzukommt. Diese positive Erklärung wird vom Gesetz behandelt als Verzicht auf die prozessualische Befugnis, vom Gegner den Beweis seiner Behauptungen zu verlangen. Ohne den Nachweis eines Verzichtwillens zu fordern, läßt das Gesetz mit dem Geständnis den Verlust jener Befugnis eintreten. [Dagegen erklärt sich de lege ferenda Demelius a. a. O. S. 385 ff.]

Das gerichtliche Geständnis ist daher weder Beweismittel noch Beweisgrund; vielmehr tritt, soweit das Geständnis reicht, Beweisbedürfnis und Beweiswürdigung gar nicht ein. [Vgl. Mot. S. 210, wo im Anschluß an Wetzell S. 171 und Planck Kr. VJSchr. IV S. 254 vom ger. Gest. gesagt ist, es sei „kein die Überzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht". Letzteres ist nur cum grano salis richtig.]

4. Die Fähigkeit, gerichtliche Geständnisse abzulegen, fällt zusammen mit der Prozeßfähigkeit (§§ 50 ff.); sie kann einem Prozeßfähigen nicht abgehen. Das von einem gesetzlichen Vertreter abgelegte Geständnis ist gleichwertig mit dem Geständnis der Partei selbst. Desgleichen das Geständnis eines Prozeßbevollmächtigten oder Beistandes gemäß §§ 81, 86;

wird aber das Geständnis eines Bevollmächtigten und Beistandes sofort von der miterschienenen Partei gemäß §§ 81 und 86 Abs. 2 widerrufen, so liegt gar kein gerichtliches Geständnis vor. Dem Prozeßbevollmächtigten kann die Befugnis zum Geständnis von Thatsachen und Rechtsverhältnissen in der Prozeßvollmacht nicht entzogen werden, wohl aber die Befugnis zum Anerkenntnis (§ 79).

5. Über das Geständnis einzelner Streitgenossen s. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 58. Über das Geständnis des Intervenienten bei Bestreiten seitens der Hauptpartei und umgekehrt s. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 64 und Bem. Nr. 3 litt. b zu § 66.

6. Nach § 270 Abs. 2 sind gerichtliche Geständnisse auf Antrag zu Protokoll festzustellen. Vgl. § 470 Abs. 2. Diese Feststellung ist nicht Voraussetzung für die Existenz und Wirksamkeit eines in der mündlichen Verhandlung abgelegten gerichtlichen Geständnisses (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 270). Dagegen kommt ein vor dem beauftragten oder ersuchten Richter abgelegtes Geständnis als gerichtliches Geständnis nur in Betracht, wenn dasselbe zu Protokoll festgestellt ist.

7. Wegen der Bedeutung des in der Vorinstanz abgelegten gerichtlichen Geständnisses für die Berufungsinstanz s. § 494.

8. Die in Bem. Nr. 3 erörterten Wirkungen des gerichtlichen Geständnisses treten nicht ein, soweit im Civilprozesse Offizialthätigkeit des Gerichts Platz greift [vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 155 ff., 376 ff., bes. S. 188 und S. 393 ff., Planck I S. 331 f.] Soweit das Offizialprinzip reicht, bedarf es des im Bestreiten gegnerischer Behauptungen gelegenen Anstoßes zur richterlichen Prüfung der Wahrheit von Parteibehauptungen nicht und kann es daher den Parteien nicht zugestehen, das Gericht durch Geständnisse von dieser Prüfung abzuhalten. Daher sind die regelmäßigen Geständniswirkungen ausgeschlossen: a) im Verfahren in Ehesachen gemäß § 577 (vgl. c. 5 X. de eo qui cogn. 4, 13); b) im Entmündigungsverfahren gemäß §§ 611, 620, 624, 626; c) bezüglich der von Amtswegen zu berücksichtigenden Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Klage, eines Rechtsmittels oder einer sonstigen Prozeßhandlung, z. B. bezüglich der Prozeßfähigkeit, Legitimation des gesetzlichen Vertreters, Ermächtigung zur Prozeßführung (§ 54), Zulässigkeit der Wiedereinsetzung (§ 216), des Einspruchs (§ 306), der Rechtsmittel (§§ 497, 529, 537), bezüglich Einhaltung der Notfristen und der Restitutionsfrist, des Vorhandenseins der Revisionssumme, der Statthaftigkei der Wiederaufnahme (§ 552) rc. Alle diese Voraussetzungen sind abhängig von Thatsachen (z. B. die Prozeßfähigkeit von dem Alter der Partei, die Legitimation des X als Vormund von seiner Bestellung, die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung von der Existenz eines Restitutionsgrundes rc.). Indem das Gesetz die Prüfung von Amtswegen im öffentlichen Interesse anordnet, entzieht es die thatsächliche wie die rechtliche Seite der Disposition der Parteien. Daher kann ein Geständnis derjenigen Thatsachen, von deren Wahrheit oder Unwahrheit solche Voraussetzungen des Prozesses rc. abhängig sind, das Gericht von der Prüfung der Wahrheit der Thatsachen nicht abhalten. — In allen Fällen, in welchen das Geständnis die gerichtliche Prüfung der Wahrheit von Parteibehauptungen nicht verhindern kann, ist das Geständnis als Beweisgrund bei der Beweiswürdigung in Betracht zu ziehen. Die Würdigung dieses Beweisgrundes unterliegt dem freien Ermessen (§ 259); besteht kein Verdacht der Kollusion, so wird die Bedeutung dieses Beweisgrundes eine große sein. — In diesen Fällen kann das Geständnis auch ohne die Voraussetzungen des § 263 widerrufen werden. Welche Bedeutung der Widerruf für die Beweiskraft hat, steht ebenfalls der Würdigung des Gerichts anheim.

Das bloße Nichtsbestreiten kann nicht größere Kraft haben, als der Verzicht auf den

Beweis. Daher unterliegen im Bereiche des Offizialprinzips die Thatsachen der richterlichen Prüfung, auch wenn sie nicht bestritten sind (§§ 129, 296).

§ 262.

Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthält.

Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständnis anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles.

Mot. S. 210—214. KPr. S. 92, 543.

1. Abs. 1 hat nur derogatorische Bedeutung. Er hebt die Regel des Code civ. art. 1356: „L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait" für diejenigen Gebietsteile auf, wo sie früher gegolten hat. [Über die aufgehobene Regel s. Planck Kr. VJSchr. IV S. 254 ff., Mot. zum preuß. Entw. S. 94, Verhandl. des Gesetzgebungsausschusses der bayer. Kammer der Abgeordneten 1863—1865 BeilBd. II Abt. 2 S. 167, 1864—1865, BeilBd. III Abt. 1 S. 168 ff., Mot. z. württemb. Entw. Art. 407—416, Bericht der Justizkommission der württemb. Kammer der Abgeordneten zum Art. 410, Nordd. Prot. II S. 701, 703—706, Dernburg Abh. S. 346 ff.] Für die Rechtsgebiete, in denen jene Regel nicht gegolten hat, hat Abs. 1 keine andere Bedeutung, als daß er die Einführung jener Regel durch Landesgesetz ausschließt.

2. Zu Abs. 2: Litteratur s. bei Wetzell § 19 N. 11. Dazu Römer das sog. qualifizierte Geständnis nach der Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichtshöfe Arch. f. c. Pr. LXII S. 149 ff., v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 313 ff., Planck I S. 325 ff. — Die von einer Partei vorgebrachten Behauptungen können in der Art beantwortet werden, daß zwar die gegnerische Behauptung eingeräumt, aber mit der Einräumung zusätzliche oder einschränkende Behauptungen verbunden werden. Der Antwortende erwidert z. B.: das von dem Gegner behauptete Rechtsgeschäft sei zwar abgeschlossen, aber unter anderen als den von dem Gegner behaupteten Modalitäten; oder: das von dem Gegner behauptete Rechtsgeschäft, welches von diesem als unbedingtes und unbefristetes angeführt wird, sei unter einer Bedingung oder mit einer Fristbestimmung abgeschlossen. Diese Art der Antwort heißt qualifiziertes Geständnis. Für die Beurteilung der Frage, ob in solchen Antworten ein wirkliches, den Vorschriften der §§ 261, 263 unterworfenes gerichtliches Geständnis oder eine unter dem Scheine des Geständnisses auftretende Bestreitung (Negation) enthalten sei, giebt das Gesetz keine bestimmte Regel, überläßt vielmehr dem Gerichte die Beurteilung nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles. Damit ist nicht gesagt, daß das Gericht in einem konkreten Fall nach seinem Belieben ein Geständnis annehmen könne oder auch nicht. Vielmehr hat sich das Gericht an die Regeln zu halten, welche sich aus dem Begriffe der Negation, aus den Gesetzen über Beweislast und aus der rechtlichen Natur der Zusatzbehauptungen ergeben. Einzelfälle: Negation des Klagegrundes liegt vor, wenn der Beklagte das Zustandekommen eines Geschäfts anderer Art behauptet, z. B. Kläger behauptet Kaufgeschäft, Beklagter Hingabe an Zahlungsstatt [ROHG. Entsch. XVI Nr. 45]. Ebenso wenn der Beklagte zwar ein Rechtsgeschäft der vom Kläger behaupteten Art zugiebt, aber behauptet, daß das Geschäft unter anderen Modalitäten, z. B. daß das Kaufgeschäft über Gegenstände anderer Qualität oder über eine andere Quantität oder mit anderer Preisbestimmung, geschlossen sei [SA. XV Nr. 249, ROHG. Entsch. X Nr. 25, XV Nr. 9, XVIII Nr. 125]; oder Beklagter behauptet, gegenüber der klägerischen Behauptung eines Kaufes um angemessenen Preis einen ziffermäßig be-

stimmten Preis [SA. XXIX Nr. 280, XXX Nr. 285. AM. XXXII Nr. 363]; oder Beklagter behauptet ein Fixgeschäft [SA. XVIII Nr. 184]; oder der Beklagte behauptet, der Kläger habe das Geschäft nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen abgeschlossen [vgl. SA. I Nr. 193, VIII Nr. 103, XII Nr. 27, XV Nr. 272, XVI Nr. 150, XVII Nr. 107, XXII Nr. 84, XXIII Nr. 126; ROHG. Entsch. XVIII Nr. 81]. Negation des Klagegrunds liegt ferner vor, wenn der Beklagte eine Suspensivbedingung behauptet [Windscheid Pand. I § 86 N. 4, Wetzell § 19 S. 175, Planck I S. 327, Römer a. a. O. S. 164, vgl. SA. I Nr. 170, II Nr. 330, VIII Nr. 300, X Nr. 311, XII Nr. 203, XIII Nr. 189, XIV Nr. 173, 252, XVII Nr. 294, XVIII Nr. 57, XXV Nr. 280, XXVI Nr. 186, XXX Nr. 283, XXXI Nr. 287, XXXIV Nr. 76; ROHG. Entsch. I Nr. 20, 64, IV Nr. 23, XI Nr. 113, XII Nr. 64, XVII Nr. 50]; desgleichen wenn der Beklagte eine aufschiebende Befristung behauptet [Windscheid Pand. I § 96 N. 2, Wetzell § 19, Römer a. a. O. S. 166 ff., RG. 10. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 727 ff.]. Dagegen fällt der Beweis der auflösenden Bedingung und Befristung demjenigen zu, welcher dieselbe behauptet [Windscheid I § 86 N. 6, Wetzell § 19 a. E., Römer a. a. O. S. 164 f., SA. XXVII Nr. 7, ROHG. Entsch. II Nr. 22, VII Nr. 5. AM. Planck I S. 328 N. 35]. Auch die Behauptung, daß für den Fall sofortiger Zahlung ein Rabatt (Skonto) gewährt worden sei, ist von demjenigen, der diese Zusatzabrede behauptet, zu beweisen [SA. XV Nr. 163, ROHG. Entsch. I Nr. 14; vgl. jedoch Römer a. a. O. S. 157 f.]. Die unrichtige Beurteilung eines qualifizierten Geständnisses kann Revisionsgrund sein, weil dieselbe die Regeln über Beweislast verletzt.

3. Nicht unter den Begriff des qualifizirten Geständnisses gehören die Antworten, in welchen mit dem Zugeständnisse gegnerischer Behauptungen die Behauptung selbständiger Angriffs- und Verteidigungsmittel (z. B. der Zahlung, des Erlasses) verbunden ist. Hier liegen pure Geständnisse vor.

§ 263.

Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrtum veranlaßt sei. In diesem Falle verliert das Geständnis seine Wirksamkeit.

Mot. S. 210–214. KPr. S. 92, 543.

1. Litteratur s. Bem. Nr. 1 zu § 261. — Das Gesetz gestattet den einseitigen Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses (§ 261) nur nach Art einer restitutio in integrum wegen iustus error, ohne jedoch formelle Restitution zu fordern. Der Widerruf beseitigt die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses, wenn die widerrufende Partei den Beweis erbringt, a) daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche, b) daß das Geständnis durch einen Irrtum veranlaßt sei.

Ad a: Der Beweis der Wahrheitswidrigkeit des gerichtlichen Geständnisses steht unter der Herrschaft der freien Beweistheorie (§ 259), kann also auch ohne eine Beweiserhebung auf Grund des gesamten Inhalts der Verhandlungen als erbracht angenommen werden. Der Beweis kann direkt oder indirekt durch alle Arten von Beweismitteln, wenn die Voraussetzungen des § 410 gegeben sind, auch durch Eideszuschiebung geführt werden; § 411 steht nicht im Wege; denn die zugestandene Thatsache ist nicht erwiesen, sondern des Beweises nicht bedürftig. Richterlicher Eid kann dem Beweisführer oder dessen Gegner unter den Voraussetzungen des § 437 auferlegt werden. Doch kann es zur Auferlegung irgend eines Eides

über die Unwahrheit zugestandener Thatsachen erst kommen, wenn auch der Irrtumsbeweis erbracht ist.

Ad b: Der Beweis des Irrtums löst sich in den Beweis der Thatsachen auf, welche den Gestehenden von der Erkenntnis des wahren Sachverhalts abhielten oder ihn zur Annahme des unrichtigen Sachverhalts verleiteten. Werden diese Thatsachen nicht bestritten, so bedürfen sie nicht des Beweises. Der Beweis dieser Thatsachen steht unter der Herrschaft der freien Beweistheorie (§ 259), kann also auch ohne Beweiserhebung auf Grund des gesamten Inhalts der Verhandlungen als erbracht angenommen werden. Der Beweis kann durch alle Arten von Beweismitteln, wenn die Voraussetzungen des § 410 gegeben sind, auch durch Eideszuschiebung geführt werden. Richterlicher Eid ist zulässig unter den Voraussetzungen des § 437. — Entschuldbarkeit des Irrtums ist nicht gefordert; daher genügt auch Rechtsirrtum [so auch Wach Arch. f. civ. Pr. LXIV S. 248 ff., Planck I S. 330, RG. 26. Jan. 1883 Entsch. XI Nr. 108 S. 408]. Der Beweis der Simulation genügt zum Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses nicht [so auch Wilm. Levy N. 2, Endemann II S. 82, Petersen S. 442, v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 344, Wach a. a. O. AM. Struckm. Koch N. 1], während die Beweiskraft außergerichtlicher Geständnisse dadurch zerstört wird. [De lege ferenda bekämpft jede Beschränkung des Widerrufs Demelius Confessio S. 385 ff.].

2. Das von einem gesetzlichen Vertreter abgelegte gerichtliche Geständnis kann von ihm bezw. seinem Nachfolger in der gesetzlichen Vertretung widerrufen werden, indem außer der Wahrheitswidrigkeit Irrtum des **Vertreters** erwiesen wird. Zum Widerruf des von einem Bevollmächtigten oder neg. gestor (§ 85) abgelegten Geständnisses gehört der Nachweis des Irrtums des **Bevollmächtigten** oder neg. gestor. Ergiebt sich bei der Darlegung der den Irrtum verursachenden Umstände, daß das Geständnis des Bevollmächtigten auf den ihm zu seiner Information seitens der Partei gemachten Angaben beruht, so ist auch der Nachweis erforderlich, daß **die Partei** sich bei diesen Angaben geirrt hat; der Beweis des Irrtums des Bevollmächtigten kann nicht genügen, weil das Geständnis auf den Parteiwillen zurückführt. Beruht dagegen das vom Bevollmächtigten abgelegte Geständnis nicht auf der Parteiinformation, was auch bei Mißverständnis der Information der Fall ist, so genügt der Nachweis, daß der **Bevollmächtigte** sich irrte. [Wohl ebenso Wilm. Levy N. 2 a. E. zu § 263, Petersen S. 441. AM. v. Sarwey I S. 405, welcher stets den Nachweis des Irrtums des Bevollmächtigten und der Partei, sowie Gaupp II S. 105, welcher immer nur den Nachweis des Irrtums des Bevollmächtigten verlangt.] Natürlich kann der Bevollmächtigte das von der Partei selbst abgelegte Geständnis und ebenso die Partei selbst oder ein neuer Prozeßbevollmächtigter das Geständnis eines früheren Bevollmächtigten unter den Voraussetzungen des § 263 widerrufen [RG. 26. Jan. 1883 Entsch. XI Nr. 108 S. 407]. Auf den Widerruf nach §§ 81, 86 finden die Vorschriften des § 263 nicht Anwendung (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 261).

3. Der Widerruf des sog. fingierten Geständnisses (§§ 129, 296) unterliegt nicht den Vorschriften des § 263 (s. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 261).

4. Wegen Widerrufs des Geständnisses im Bereiche des Offizialverfahrens s. Bem. Nr. 8 zu § 261.

5. Wegen Widerrufs des in erster Instanz abgelegten Geständnisses in der Berufungsinstanz s. § 494.

§ 264.

Thatsachen, welche bei dem Gerichte offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.

Mot. S. 210—212. KPr. S. 92, 543.

1. Litteratur: Wetzell § 20 Nr. 3 (S. 179 ff.), wo die geschichtliche Entwickelung und die ältere Litteratur angeführt ist; Wach Vortr. S. 155, v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. II S. 354 N. 53, Langenbeck eod. IV S. 470 ff., Planck I S. 445 f., Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 26 ff.

2. Eine Thatsache ist „bei Gericht offenkundig", wenn alle bei der Entscheidung mitwirkenden Richter dieselbe mit einer jeden Zweifel bei ihnen ausschließenden, natürlich immerhin nur subjektiven Gewißheit wissen und diese Gewißheit sich stützt entweder darauf, daß die Thatsache ihnen durch dienstliche Mitteilungen oder Wahrnehmungen bekannt geworden, oder darauf, daß die Thatsache einem größeren Kreise von Menschen als zweifellos wahr gilt. Als offenkundig bei Gericht können z. B. behandelt werden Verhältnisse der Landesorganisation, Dienstverhältnisse der Beamten, Anstellung, Pensionierung derselben, das Anhängigsein eines Civil- oder Strafprozesses, Konkurseröffnung, Konkursaufhebung, Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung, Vormundschaft, gerichtliche Hinterlegung, Handelsregistereinträge [vgl. RG. Entsch. XIII Nr. 97 S. 371]; in diesen Fällen kann sich die subjektive Gewißheit auf dienstliche Mitteilungen oder Wahrnehmungen stützen. Ferner Vorgänge des weltgeschichtlichen und Naturlebens, deren Kenntnis Gemeingut aller Gebildeten ist, aber auch Vorgänge, wie z. B. Brände, Überschwemmungen, die in der betreffenden Stadt oder in dem Stadtteile allgemein bekannt sind. [RG. 22. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 105 S. 385 billigt unter Bezugnahme auf GVG. § 118, daß eine Kammer für Handelssachen das Bestehen einer Usance als „offenkundig" annahm.] — Nicht bei Gericht offenkundig sind Thatsachen, von denen der Richter zufällig als Privatmann Kenntnis erlangt hat. [Wach Vortr. S. 155, Langenbeck a. a. O. S. 481 ff. AM. v. Canstein a. a. O. S. 352 ff.] Dagegen ist freilich kein Kraut gewachsen [Wach a. a. O.], daß der Richter sich durch solches Wissen bei der Beweiswürdigung unwillkürlich leiten läßt; aber wenn das private Wissen des Richters in den Entscheidungsgründen als leitend für die richterliche Überzeugung (§ 259) angeführt wäre, so wären Thatsachen unter Verletzung des Gesetzes festgestellt.

3. Auch das Gegenteil einer von der Partei behaupteten Thatsache kann bei Gericht offenkundig sein. Ist eine Thatsache oder deren Gegenteil bei Gericht offenkundig, so darf keine Beweisführung darüber zugelassen werden. Über das Verhältnis von Notorietät und gerichtlichem Geständnis s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 261. Dafür oder dagegen, daß eine Thatsache „bei Gericht offenkundig" ist, kann kein Beweis geführt werden; jede Beweisführung verstieße gegen den Begriff der Gerichtsnotorietät. [Vgl. Wetzell S. 186, RG. Entsch. XIII Nr. 97 S. 372. AM. Langenbeck a. a. O. S. 493.] — Eine Thatsache, welche bei dem Gerichte der ersten Instanz offenkundig ist, kann bei dem Gericht zweiter Instanz nicht offenkundig sein und umgekehrt.

§ 265.

Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gerichte unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

Mot. S. 212. KPr. S. 92, 543.

1. Während es Sache der Parteien ist, dem Gericht die zur Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung dienenden Thatsachen vorzutragen und nötigenfalls zu erweisen, ist es im

Prinzip Sache des Gerichts, die auf die Thatsachen anzuwendenden Rechtsnormen von Amtswegen zu finden (iura novit curia). Dem Gerichte ist jedoch gestattet, bei der Ermittelung gewisser Arten des objektiven Rechts der Mitwirkung der Parteien durch Zulassung der von den Parteien angebotenen Beweiserhebung sich zu bedienen, wenn das betreffende Recht dem Gerichte nicht ohnedies bekannt ist. Die Arten des objektiven Rechts, bei denen dies gestattet ist, sind:

a) Gewohnheitsrecht aller Art, allgemeines und partikuläres, einschließlich der sog. Observanzen, ohne Rücksicht auf dessen Geltungsgebiet.

b) Statutarrecht, d. i. das nicht vom Staate, sondern von einem autonomen Kreise innerhalb des Staates (z. B. von einer Korporation, von einer Familie des hohen Adels) ausgehende geschriebene Recht. Mit Statutarrecht ist Partikularrecht, d. i. von der Staatsgewalt gesetztes, aber nur für einzelne Teile des Staatsgebietes geltendes Recht, nicht zu verwechseln.

c) Gesetzesrecht, wenn dessen räumlicher Geltungsbereich sich nicht auf den Staat oder einzelne Gebietsteile des Staates erstreckt, welchem das Prozeßgericht angehört. Ist das Prozeßgericht für die Gebiete oder Gebietsteile mehrerer Bundesstaaten errichtet, so ist Beweisführung nur möglich bezüglich solcher Gesetze, welche in keinem der mehreren Staaten gelten (Mot. S. 212). Handelt es sich um aufgehobene Gesetze, so ist entscheidend, ob dieselben früher im Bereiche des Staates des Prozeßgerichts gegolten haben oder nur außerhalb.

Hiernach ergiebt sich, daß über Reichsgesetzesrecht eine Beweiserhebung überall unstatthaft, ferner, daß vor dem Reichsgerichte eine Beweiserhebung über Gesetzesrecht nur möglich ist, soweit es sich um ein nicht im deutschen Reich geltendes Recht handelt. Vor anderen Gerichten kann sowohl das nur außer Deutschland geltende Gesetzesrecht, als auch das Gesetzesrecht, welches in dem Bundesstaate des Prozeßgerichts keine territoriale Geltung hat, Gegenstand einer Beweisführung sein.

2. Von einer Beweislast ist auch bezüglich derjenigen Rechtsnormen, für welche Beweisführung zugelassen werden kann, nicht die Rede; das Gericht kann keiner Partei die Auflage machen, Rechtsnormen zu beweisen, sondern ihnen nur Gelegenheit geben, das Gericht in der Erkenntnis der betreffenden Rechtsnormen zu unterstützen. Begrifflich ist es Aufgabe des Gerichts, auch solche Rechtsnormen, bezüglich deren die Beweisführung zulässig ist, von Amtswegen zu ermitteln [vgl. ROHG. Entsch. XXV S. 53 ff.] Daraus folgt, daß das Gericht auch bezüglich dieser Rechtsnormen von den Parteien nicht angebotene Erkenntnismittel jeder Art, z. B. litterarische Nachweise, Gerichtsakten, amtliche Konstatierungen, sich verschaffen und verwenden darf; ferner, daß das Gericht durch übereinstimmende Erklärungen der Parteien über die anzuwendenden Rechtsnormen weder gebunden, noch der Pflicht zur selbstthätigen Erforschung der anzuwendenden Rechtsnorm überhoben wird [vgl. Planck I S. 444 f.]. — Die Eideszuschiebung zum direkten Beweise der Existenz einer Rechtsnorm ist unzulässig (§ 410). Soweit jedoch indirekt ein Beweis für die Existenz einer Rechtsnorm durch Thatsachen geführt werden will, welche eigene Handlungen des Gegners oder seines Rechtsvorgängers, oder welche Gegenstände der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind, was beim Nachweis von Gewohnheitsrecht denkbar ist, ist die Eideszuschiebung möglich.

§ 266.

Wer eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel mit Ausnahme der Eideszuschiebung bedienen, auch zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden.

Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft.

Mot. S. 214, 215. KPr. S. 92, 129, 543.

1. Litteratur: H. W. Puchta Ztschr. f. CR. u. Pr. I 13, Brauer Arch. f. c. Pr. XXV 11, Kleiner über die Bescheinigung (1855), Briegleb Einl. in die Theorie der summar. Prozesse (1859) Kap. 4—6, Wach Arrestprozeß § 19, Wetzell § 29, Haarmann Ztschr. f. d. CPr. I S. 142 ff., Volgiano Handb. S. 530 ff., Planck I § 66.

2. Unterschied zwischen Glaubhaftmachen und Beweisen: a) Zur Glaubhaftmachung genügt ein geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit als zum Beweise. Dieser Unterschied war in dem früheren gemeinrechtlichen Prozesse von größerer Bedeutung, als nach dem gegenwärtigen Rechte. Zufolge dieses Unterschieds waren negative Beweisregeln des früheren Prozesses, welche dem Richter verboten, einen Beweis als erbracht anzunehmen, wenn nicht ein bestimmtes Maß von Beweisbehelfen vorlag, für die Fälle der Glaubhaftmachung beseitigt; im gegenwärtigen Prozeß giebt es keine negativen Beweisregeln mehr. Bedeutungslos ist der Unterschied auch nach dem gegenwärtigen Recht nicht; denn darin, daß nur Glaubhaftmachung, nicht Beweis, in einem konkreten Falle gefordert wird, liegt die Anweisung an den Richter, sich mit einem Mindermaß von Wahrscheinlichkeitsgründen, als er zum Beweise fordern würde, zu begnügen. Die positiven gesetzlichen Beweisregeln (s. Bem. Nr. 5 zu § 259) gelten auch für die Glaubhaftmachung; denn Beweis ist das plus, Glaubhaftmachung das minus; wenn das Gesetz gebietet, auf Grund gewisser Beweisbehelfe eine Thatsache als erwiesen anzunehmen, so muß auf Grund derselben Beweisbehelfe die Glaubhaftmachung als erfolgt angenommen werden. Zugestandene und nicht bestrittene Thatsachen bedürfen so wenig der Glaubhaftmachung wie des Beweises. b) Glaubhaftmachung ist, weil dazu ein geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit genügt, noch in höherem Maße vom subjektiven Ermessen der Gerichtsmitglieder abhängig, als Beweisführung. Daher besteht bei Glaubhaftmachung nicht wie bei der Beweisführung (§ 259 Abs. 1) das Gebot, die Gründe anzugeben, aus welchen der Richter eine Thatsache als glaubhaft oder als nicht glaubhaft erachtet. c) Wo Glaubhaftmachung vorgeschrieben ist, kann sich sowohl die Partei, welcher die Glaubhaftmachung obliegt, zum Beweise, wie der Gegner zum Gegenbeweise nur solcher Beweismittel bedienen, welche sofort, d. i. ohne Verzögerung erhoben werden können. Damit hängt der Ausschluß der Eideszuschiebung zusammen. Im übrigen ist dem richterlichen Ermessen überlassen, zu beurteilen, ob eine Beweiserhebung „sofort" erfolgen kann. Kann die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden, so können regelmäßig Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen und Augenschein zur Glaubhaftmachung nur benutzt werden, wenn die Beweiserhebung (etwa nach §§ 447 ff.) schon vorher stattgefunden hat und das Protokoll dem Gesuche beigelegt wird. Wird über den Antrag mündlich verhandelt, so steht der Zulässigkeit eines Beweises durch Zeugen, Sachverständige, Augenschein auch dann nichts im Wege, wenn die Beweisaufnahme in dem Termine erfolgen kann. Die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben. Beweis durch Urkunden kann nur durch sofort vorgelegte, nicht durch erst beizuschaffende Urkunden geführt werden; daher ist die Beweisantretung nach § 386 durch Editionsantrag oder nach §§ 393, 397 unstatthaft. c) Auferlegung eines richterlichen Eides an eine oder die andere Partei (§ 437) ist nicht statthaft; doch kann die Partei, welcher die Glaubhaftmachung obliegt, auf ihr Erbieten zur eidlichen Versicherung der Wahrheit zugelassen werden. Da auch für dieses Beweismittel Abs. 2 des § 266 gilt, muß die Partei anwesend und zur sofortigen Eidesleistung bereit sein; daher ist § 430 nicht anwendbar. Die Zulassung erfolgt durch Beschluß. Dieser ist abänderlich, aber nicht selbständig anfechtbar. Im übrigen finden die Regeln über richterlichen Eid (§§ 437—439) entsprechende Anwendung. Daher kann die eidliche Versicherung auch andere als die in § 410 bezeichneten Thatsachen betreffen (s. Bem. Nr. 4 zu § 437); daher bindet die Leistung des Eides das Gericht, die Thatsache als glaubhaft anzunehmen (§ 428); daher bewirkt die Verweigerung des Eides nach

dem Zulassungsbeschlusse, daß die betreffende Thatsache als nicht glaubhaft anzunehmen ist (§ 429). — Die Eidesleistung erfolgt nach §§ 440 ff. — Die eidliche Versicherung ist als unstatthaft erklärt in §§ 44 und 508. In § 351 Abs. 2 ist statt derselben die mit Berufung auf den Diensteid abgegebene Versicherung zugelassen.

3. Einer Beweisaufnahme bedarf es nicht, wenn die Behauptung schon nach den Umständen des Falles als glaubhaft anzunehmen ist. Der nordd. Entw. § 334 (Prot. V S. 2355) hat dies in Anlehnung an die Vorschriften des hannov. Entwurfs ausdrücklich ausgesprochen. Die Motive erklären eine solche Bestimmung als „selbstverständlich" — mit Recht, da dieselbe sich als Konsequenz des § 259 ergiebt.

4. Die CPrO. fordert Glaubhaftmachung in den §§ 44, 68, 99, 202, 214, 247, 271, 319, 332, 351, 371, 389, 395, 397, 400, 406, 422, 432, 449, 454, 454, 490, 491, 508, 552, 647, 650, 651, 657, 688, 690, 710, 711, 784, 795, 800, 808, 815, 840, 869; die KO. in den §§ 97, 173, 194 (195), 199, 205; des GVG. in § 35 Nr. 6. Vgl. a. Preuß. Subh.-Ordn. v. 13. Juli 1883 §§ 14 Nr. 3, 40 Nr. 8, 48, 56, 87, 113, 139, 164, 168, 190, 195; Bayr. Subh.-Ordn. v. 23. Febr. 1879 Art. 82 Abs. 2 u. Nov. dazu v. 29. Mai 1886 Art. 20 Abs. 3, 38. — Die Vorschriften des § 266 sind auch auf die Fälle anwendbar, in denen das materielle Recht summarische Kognition und, dem Wesen dieser Kognition entsprechend, nur unverzügliche Beweise zuläßt — (z. B. l. 3 § 4 D. de Carb. ed. 37, 10; l. 1 § 14 D. de ventre in posses 37, 9; l. 5 §§ 8, 9, 18 D. de agn. lib. 25, 3; l. 3 § 9; l. 15 D. ad exhib. 10, 4). — [Ebenso Struckm. Koch N. 4, Hellmann II S. 107, Petersen S. 454, Gaupp II S. 110. AM. Wilm. Levy N. 1, v. Sarwey I S. 408, Kleiner II S. 131.] Natürlich wird durch § 266 die Frage nicht berührt, welche Verteidigungsbehelfe dem Beklagten in den Fällen der summarischen Kognition gestattet sind. — Glaubhaftmachung im Strafprozeß s. StPrO. §§ 26, 45, 55.

§ 267.

Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte.

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann.

Mot. S. 215. KPr. S. 92, 543.

Litteratur: O. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 6 ff., Heilblut eod. LXIX S. 333 ff., Goldenring Ztschr. f. d. CPr. IX S. 84 ff., Fitting eod. XI S. 1 ff., Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 177 ff.

1. Ist bei einer Prozeßhandlung das Prozeßgesetz verletzt, d. i. eine prozessualische Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet (§ 512), so ist die betreffende Handlung ungültig. Die Ungültigkeit kann von den Parteien gerügt werden. Jedoch wäre es unzweckmäßig, solche Rüge in infinitum zu gestatten. Daher bestimmt das Gesetz für die Rechtsmittel und für die Nichtigkeitsklage Fristen, nach deren Ablauf Verletzungen des Prozeßgesetzes durch die Unanfechtbarkeit der Entscheidung gedeckt werden. [Vgl. Bülow Arch. f. c. Pr.

LXIV S. 35 ff.] Nicht minder empfiehlt es sich aus Zweckmäßigkeitsgründen, innerhalb des noch nicht durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens die Befugnis der Parteien, die Verletzungen prozessualischer Rechtsnormen zu rügen, zeitlich zu begrenzen und zu bestimmen, daß schon nach Ablauf gewisser Prozeßabschnitte vor Eintritt der Rechtskraft jene Befugnis verloren gehen oder, wie man sich gewöhnlich ausdrückt, die Ungültigkeit geheilt werden solle. Auf solcher prozeßpolitischer Erwägung beruhen die Vorschriften des Code de proc. art. 173 der preuß. Verord. v. 14. Dez. 1833 § 6, des hann. Entw. § 612, des preuß. Entw. § 292, des norbd. Entw. § 340, der bayer. PrO. §§ 218, 219; die Vorschriften der CPrO. in §§ 39, 44 Abs. 4, 241, 247 Abs. 3 und die Vorschrift der CPrO. § 267. Doch statuiert das Gesetz den Verlust des Rügerechts nicht bezüglich aller Verletzungen prozessualischer Rechtsnormen (wie dies z. B. der Code de proc., die cit. preuß. Verordnung und die bayer. PrO. gethan haben), sondern es unterscheidet zwischen Verletzungen von Rechtsnormen, auf deren Befolgung eine Partei verzichten, und solchen, auf deren Befolgung die Partei nicht wirksam verzichten kann (über diese Unterscheidung s. unten Bem. Nr. 5), und läßt den Verlust des Rügerechts nur bei den ersteren eintreten.

2. Prozeßhandlungen sind alle dem Gegner oder dem Gericht gegenüber zu prozessualischen Zwecken vorgenommenen Handlungen der Parteien, ihrer Vertreter und Bevollmächtigten, desgleichen die auf Betreiben einer Partei vorgenommenen Handlungen der Gerichtsvollzieher (Postboten) und Gerichtsschreiber (Zustellungen, Ladungen), sowie auch die im Laufe des Verfahrens vorgenommenen Handlungen des Gerichts. [Vgl. Mot. S. 61 zu preuß. Entw. § 292, Nordd. Prot. II S. 316—319, IV S. 1577 f. 1653, V S. 2354. Die Mot. des preuß. Entw. und ihnen folgend Gaupp II S. 113 schließen gerichtliche Handlungen, „welche Akte der Rechtsprechung sind", also Entscheidungen aus. Wenn Prozeßrecht bei einer Entscheidung verletzt ist (z. B. durch einen prozessualisch unzulässigen Beweisbeschluß), so ist nicht abzusehen, warum hier die Verletzung des Prozeßgesetzes prinzipiell anders, als die Verletzung, welche bei Handlungen der Parteien unterläuft, zu behandeln sein sollte. Vgl. die in Bem. Nr. 2 zu § 425 cit. Litt. u. Rechtsprechung. Vermutlich wollten die Mot. z. d. pr. E. nur aussprechen, daß eine Entscheidung, welche gegen materielles Recht verstößt, nicht durch § 267 der Rüge entzogen werde.]

3. Erster Teil des Abs. 1: Die Partei, welche auf die Befolgung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift verzichtet hat, kann die Verletzung der Vorschrift nicht mehr rügen. Verzicht ist Willensakt; der Verzichtende muß daher den Mangel kennen. Eine bestimmte Form der Erklärung des Verzichts ist nicht vorgeschrieben; es ist daher Erklärung auch durch konkludente Handlungen, aus denen der Verzichtswillen hervorgeht, möglich. Der Verzicht ist einseitige Handlung; zu seiner Wirksamkeit bedarf es nicht der Annahme seitens des Gegners. Es kann daher ein Verzicht auch in Abwesenheit des Gegners erklärt werden. (Beispiel: Die Zustellung der Klageschrift ist nicht ordnungsmäßig. Im Termin bleibt der Gegner aus; der Beklagte erklärt, daß er darauf verzichte, den Mangel der Zustellung geltend zu machen und beantragt Abweisung des Klägers zur Sache. Der Kläger erhebt Einspruch. Der Beklagte kann in der Einspruchsverhandlung nicht mehr den Mangel der Zustellung rügen). Unwirksam ist ein Verzicht vor der Verletzung, daher auch eine Vereinbarung, in welcher von vornherein auf Beobachtung gewisser Prozeßvorschriften verzichtet wurde. Das Gesetz gestattet keinen Konventionalprozeß, sondern macht es nur möglich, daß bereits vorhandene Verletzungen des Prozeßgesetzes durch Verzicht (soweit dieser wirksam ist) gedeckt werden. [So auch Struckm. Koch N. 3, Gaupp II S. 113, Endemann II S. 81. AM. A. Förster N. 4a, Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 42 N. 47.]

4. Zweiter Teil des Abs. 1: Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere

die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschriften kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte. Die Befugnis zur Rüge wird verloren durch Versäumung rechtzeitiger Rüge. Die Präklusion der Rüge tritt unabhängig von einem Antrage des Gegners ein. Es leitet irre, von Fiktion des Verzichts, falsch aber ist es, von Präsumtion des Verzichts zu reden. Es ist nicht notwendig, daß die Partei den Willen zu verzichten hat. Die Präklusion kann nicht ausgeschlossen werden durch den Nachweis, daß die Partei nicht habe verzichten wollen. — Voraussetzungen des Eintritts dieser Präklusion sind: a) Daß die Rüge in der nächsten mündlichen Verhandlung unterblieben ist. Unterlassung der Rüge in einem vorbereitenden Schriftsatze oder in einem Termine, welcher nicht zur mündlichen Verhandlung (z. B. nur zur Beweiserhebung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter) bestimmt ist, zieht die Präklusion nicht nach sich. Die Ausschließung der Rüge tritt aber nicht erst ein mit dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil erfolgt, sondern mit dem Schlusse der nächsten mündlichen Verhandlung, d. i. mit dem Ende des nächsten Termins, in welchem eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, auch wenn die Sache nicht durchverhandelt ist. Bei Vertagung (über den Begriff s. Bem. Nr. 1 zu § 206) tritt die Präklusion nicht ein. b) Daß die mündliche Verhandlung auf Grund des betreffenden, die Verletzung enthaltenden Verfahrens (z. B. auf Grund einer formell unrichtigen Ladung) stattgefunden hat, oder daß in der mündlichen Verhandlung auf das die Verletzung enthaltende Verfahren (z. B. in der Verhandlung über ein Beweisergebnis auf ein den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechendes Beweisverfahren) Bezug genommen wurde. Der Verlust des Rügerechts tritt daher nicht ein, wenn die Verletzung der Vorschrift das Hauptverfahren berührt, die mündliche Verhandlung aber nur einen Zwischenstreit betrifft. c) Daß die zur Rüge berechtigte Partei erschienen ist und den Mangel nicht gerügt hat. Gegen die nicht erschienene Partei tritt die Versäumnisfolge des § 267 nicht ein. Die Präklusion tritt ein, auch wenn der Gegner der zur Rüge berechtigten Partei nicht anwesend ist. (Beispiel: Die Zustellung der Klageschrift ist nicht ordnungsmäßig. Im Termin bleibt der Kläger aus; der Beklagte rügt den Mangel der Zustellung nicht, sondern beantragt Versäumnisurteil auf Abweisung des Klägers zur Sache. Der Beklagte kann in der Einspruchsverhandlung nicht mehr den Mangel der Zustellung rügen). d) Daß die zur Rüge berechtigte Partei den Mangel kannte oder kennen mußte. Die Partei mußte den Mangel kennen, wenn das Nichtkennen auf Fahrlässigkeit beruht. Die Partei, welche nach der nächsten mündlichen Verhandlung einen Mangel rügen will, muß darthun, daß sie den Mangel bei der früheren Verhandlung noch nicht kannte und daß das Nichtkennen nicht auf Fahrlässigkeit beruhte.

5. Verzicht (Bem. Nr. 3) und Präklusion (Bem. Nr. 4) bewirken, daß das Gericht die unter Verletzung einer prozessualischen Rechtsnorm vorgenommene Prozeßhandlung als gültig behandeln und nachträgliche Rüge unbeachtet lassen muß. Diese Wirkung steht über der Disposition der Parteien. Es kann daher auch nicht mit Zustimmung des Gegners verspätete Rüge zugelassen werden. Der Beweis der Thatsachen, von denen die nachträgliche Zulassung abhängt (s. o. Bem. Nr. 3 litt. d) wird durch Geständnis nicht mit zwingender Kraft festgestellt (s. Bem. Nr. 8 zu § 261). Die Wirkung von Verzicht und Präklusion dauert durch alle Instanzen (§§ 492, 521). Es kann also in der Berufungs- oder Revisionsinstanz eine Ungültigkeit nicht mehr gerügt werden, wenn die rechtzeitige Rüge in der Vorinstanz versäumt ist. § 267 selbst gilt auch für das Verfahren innerhalb der höheren Instanzen.

6. Das Gesetz läßt die Wirkungen von Verzicht und Präklusion nur eintreten, soweit es sich um Verletzungen solcher prozessualischer Rechtsnormen handelt, „auf deren Befolgung die Partei wirksam verzichten kann". Es giebt im Gebiete des Prozeßrechts Rechtsnormen, welche der Bethätigung des Parteiwillens Raum lassen. Dispositives Prozeßrecht [Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 1 ff.]. Verletzungen dieses dispositiven Prozeßrechts sind es, welche durch Verzicht auf das Rügerecht bzw. Präklusion desselben geheilt werden.

Die Mot. S. 215 bemerken, daß hierzu alle die Ladungen und Zustellungen betreffenden Vorschriften gehören und „überlassen Weiteres der Wissenschaft". Daß jene Vorschriften dispositives Prozeßrecht sind, ist allgemein anerkannt. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 156, Bem. Nr. 5 zu § 162, Bem. Nr. 2 zu § 164, Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 230; die Entscheidungen sind an diesen Stellen angegeben. Andere Fälle: a) Verletzung der §§ 56, 57 s. Bem. Nr. 3 litt. c zu §§ 56, 57. b) Verletzung des § 67 s. Bem. Nr. 2 zu § 67. c) Verletzung des § 146 Abs. 1 s. RG. Entsch. XIV Nr. 108 S. 385. d) Verletzung des § 148 s. Bem. zu § 148. e) Die Befugnis, die Versäumung einer Frist, welche nicht Notfrist ist, zu rügen, geht nach § 267 verloren [OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 149]. f) Verletzung des § 226 Abs. 2 s. Bem. Nr. 1 zu § 226. g) Verletzung des § 230 s. Bem. Nr. 5 zu § 230. h) Verletzung des § 234 Abs. 2 s. Bem. Nr. 3 zu § 234. i) Verletzung des § 356 s. Bem. Nr. 2 zu § 356. k) Verletzung des § 363 Abs. 3 s. Bem. Nr. 3 zu § 363. l) Verletzung des § 375 s. Bem. Nr. 1 zu § 375. m) Verletzung des § 379 s. Bem. Nr. 2 zu § 379. n) Verletzung der §§ 425, 426 s. Bem. Nr. 2 zu § 425.

Prozeßrechtsnormen, deren Verletzung durch Verzicht und Präklusion nicht geheilt werden kann, sind die Vorschriften über ordnungsmäßige Besetzung des Gerichts (GVG. §§ 22, 77, 106, 124, 139, 140. 194) einschließlich der Vorschriften über Befähigung zum Richteramt (GVG. §§ 2—5, 113) und über die Fähigkeit, im einzelnen Fall Richter zu sein (CPrO. § 41); ferner die Vorschriften über Zulässigkeit des Rechtswegs und über die Zuständigkeit der Gerichte, soweit diese Zuständigkeit eine ausschließliche ist; über Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung [vgl. RG. 8. Juli 1885 Entsch. XIV Nr. 107 S. 382], über die Öffentlichkeit des Verfahrens (GVG. § 170 ff.); über Prozeßfähigkeit (§§ 50 ff.); über Anwaltszwang (§ 74); über Notfristen; über Zulässigkeit, Form und Frist der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 211—214); über Zulässigkeit einer Widerklage (s. Bem. Nr. 3 litt. c und d zu § 33), einer Klagenverbindung (§ 232) (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 232 und RG. 25. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 43 S. 166 f.); die Vorschriften über Zulässigkeit, Form und Frist des Einspruchs, der Berufung, Revision, Beschwerde, der Restitutions- und Nichtigkeitsklagen; die Vorschriften über den notwendigen Inhalt einer Klage (s. Bem. Nr. 3 zu § 230); bei Klagen im Urkunden und Wechselprozeß die Vorschriften über die Zulässigkeit dieser Prozeßart (§ 555) und über die Beifügung der Urkunden zur Klageschrift (§ 556) [vgl. U. d. RG. v. 8. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 105 S. 278 und v. 11. Juni 1881 Entsch. V Nr. 94 S. 351]; die Vorschriften über die Notwendigkeit der Entscheidungsgründe zum Urteil 2c. 2c.

7. Die Vorschrift des § 267 ist zu ergänzen durch die im Gesetze nicht formulierte, aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebende Regel, daß, wenn nur eine Partei sich über die Verletzung von Prozeßrechtsnormen zu beschweren Grund hat, die andere Partei die Verletzung überhaupt nicht rügen kann [cf. l. 14 C. de procur. 2, 13; l. 3 C. quomodo et quando 7, 43; Schmid Hand. III § 241 N. 31, Heffter Syst. § 473 i. f.]. Daraus ergiebt sich, daß eine Partei solche Verstöße gegen dispositive Prozeßrechtsnormen, welche bei den von ihrer Seite ausgehenden Prozeßhandlungen — einerlei ob dies eigene Handlungen oder Handlungen ihrer Vertreters oder auf ihr Betreiben vorgenommene Gerichtsvoll-

zieherakte sind — begangen wurden, nicht zu rügen befugt ist. Natürlich gilt dies nicht im Bereich des absoluten Prozeßrechts.

§ 268.

Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.

Zum Zwecke des Sühneversuchs kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden.

Mot. S. 215, 216 KPr. S. 92, 543.

1. Das Gesetz gebietet den Sühneversuch vor der Klagerhebung in Ehesachen (§§ 570 bis 573). Außerdem ist die Ladung zum Sühneversuch vor der Klagerhebung zugelassen in § 471. Im anhängigen Prozesse kann das Gericht jederzeit, auch noch in der Berufungs- und Revisionsinstanz, von Amtswegen oder auf Anregung einer Partei die gütliche Beilegung des Prozesses oder einzelner Streitpunkte versuchen oder auch die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter (wegen des Unterschiedes s. Bem. Nr. 1 zu § 151) verweisen, wenn dieses zweckmäßiger erscheint, z. B. weil es sich um rechnerische Auseinandersetzungen, Gesellschaftsverhältnisse, Teilung von Vermögensmassen handelt. Taktvolle Ausübung dieser Befugnis wird die richtige Mitte zwischen einem ungestümen Drängen der Parteien zum Vergleiche und einem Übersehen der zum Vergleich geeigneten Momente halten.

2. Zu einem Vergleichsversuche vor dem Prozeßgerichte bedarf es keines Beschlusses. Der Versuch kann natürlich nur nach Beginn der mündlichen Verhandlung gemacht werden. Ein Termin vor dem Prozeßgericht kann nicht ausschließlich zum Zwecke des Sühneversuchs anberaumt werden. Nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung ist die Wiedereröffnung (§ 142) der Verhandlung zum Zwecke des Sühneversuchs möglich.

3. Die Verweisung der Parteien vor einen b. o. e. R. zum Zwecke des Sühneversuchs wird durch Beschluß angeordnet. Der Beschluß kann nur nach mündlicher Verhandlung erlassen, derselbe muß verkündet werden. In dem Beschlusse kann der Termin vor dem b. o. e. R. bestimmt und verkündet werden. Ist dies nicht geschehen, so hat der b. o. e. R. den Termin von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bzw. ihren Bevollmächtigten (§ 162) bekannt zu geben (nicht die Parteien zu laden, daher keine Ladungsfrist!). Für die Parteien besteht kein Zwang, vor dem b. o. e. R. zu erscheinen. Auch die Kosten können der ausgebliebenen Partei nicht auferlegt werden. Ist der Sühneversuch beendigt, so hat der b. o. e. R. die Akten mit dem Protokoll über den Termin oder mit der Anzeige, daß die Parteien nicht erschienen sind, dem Prozeßgericht zurückzusenden. Ersieht das Prozeßgericht, daß der Prozeß nicht durch Vergleich vollständig erledigt ist, so hat der Vorsitzende von Amtswegen einen Termin zur Fortsetzung der Verhandlung zu bestimmen und den Parteien bekannt zu geben (s. Bem. Nr. 2 Ziff. III litt. g vor § 191). Daß ein b. o. e. R., auch ohne daß die Parteien an ihn zum Zwecke des Sühneversuchs verwiesen sind, Vergleichsverhandlungen vornehmen kann, wenn beide Parteien vor ihm erschienen sind, bezeichnen die Mot. S. 216 als selbstverständlich.

4. Zu Abs. 2: Das Prozeßgericht kann anordnen, daß die Parteien persönlich vor dem Prozeßgericht oder vor dem b. o. e. R. erscheinen. Der Beschluß ist zu verkünden. Auch der b. o. e. R., an welchen die Parteien zum Sühneversuch verwiesen sind, kann das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen. Diese Verfügung ist den Parteien (falls sie Bevollmächtigte haben, diesen) zuzustellen, wenn sie nicht verkündet worden ist. Dagegen kann

ein b. o. e. R., welcher mit der Prozeßsache aus Anlaß einer Beweisaufnahme befaßt ist, nicht das persönliche Erscheinen der Parteien zum Zwecke eines Sühneversuchs anordnen. Das Ausbleiben hat keine Rechtsnachteile, auch nicht Verurteilung in die Kosten des Termins zur Folge.

5. Protokollierung des Vergleichs s. § 146 Nr. 1. Kosten s. § 93. Zwangsvollstreckung s. §§ 702 Nr. 1, 703.

§ 269.

Die Anträge müssen aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden. Soweit vorbereitende Schriftsätze nicht mitgeteilt oder die Anträge in solchen nicht enthalten sind, muß die Verlesung aus einem dem Protokolle als Anlage beizufügenden Schriftsatze erfolgen.

Dasselbe gilt von Anträgen, welche von früher verlesenen in wesentlichen Punkten abweichen.

Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften hat die Nichtberücksichtigung der Anträge zur Folge.

Mot. S. 21, 22, 193. KPr. S. 92, 543.

1. Der § 269 verlangt die schriftliche Fixierung der Anträge. Anträge im Sinne des § 269 sind die Anträge, durch welche der Kläger und der Widerkläger, der Berufungskläger und der Anschlußberufungskläger (Adhärent), der Revisionskläger und der Anschlußrevisionskläger (Adhärent) dem Gerichte erklärt, welches Urteil er verlangt. Daß hierzu die Inzidentfeststellungsanträge nach § 253 gehören, ergiebt sich aus den Bemerkungen Nr. 1 und 2 zu § 253. Ferner gehören dazu die Anträge der genannten Personen in Bezug auf übergangene Ansprüche im Ergänzungsverfahren (§ 292), sowie die Anträge des Gesuchstellers in der mündlichen Verhandlung über das Gesuch um Arrestbefehl oder einstweilige Verfügung (§§ 802, 815), über Widerspruch gegen Arrestbefehl oder einstweilige Verfügung (§§ 805, 815) und über den Antrag auf Aufhebung des Arrestes oder der einstw. Verfügung (§§ 806 Abs. 2, 807, 815), soweit die mündliche Verhandlung vor einem Kollegialgericht stattfindet. Allen diesen Anträgen ist gemeinsam, daß dieselben das Gebiet der richterlichen Kognition bestimmen (vgl. §§ 279, 487, 522); wegen dieser für den Umfang der richterlichen Kognition maßgebenden Bedeutung bedürfen dieselben der schriftlichen Fixierung.

Nicht zu den der schriftlichen Fixierung bedürftigen Anträgen gehören hiernach: a) Die gegenüber den in Abs. 1 aufgeführten Anträgen von dem Prozeßgegner gestellten negativen Gegenanträge [vgl. a. Wilm. Levy N. 5 zu § 269] auf Abweisung der Klage, Widerklage, Berufung, Anschlußberufung, Revision, Anschlußrevision ꝛc. b) Alle prozessualischen Anträge, d. h. alle Erklärungen, in welchen eine Partei ihre Wünsche in Bezug auf das Verfahren ausspricht. Dazu gehören insbesondere der Antrag darauf, daß das Urteil als Versäumnisurteil erlassen werde; die sämtlichen Anträge bezüglich des Beweisverfahrens (auch Anträge nach §§ 390, 391); die Anträge nach § 68, 126, 291; ferner alle Anträge (Gesuche) in dem Verfahren mit fakultativ mündlicher Verhandlung (Verzeichnis s. Bem. Nr. 6 zu § 119), auch wenn mündliche Verhandlung stattfindet; Fristverlängerungsanträge ꝛc. ꝛc.

2. Die Verlesung setzt voraus, daß die Anträge niedergeschrieben sind. Regelmäßig sind dieselben in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten; anderenfalls müssen sie in der mündlichen Verhandlung niedergeschrieben werden. Das Schriftstück ist dem Protokoll als Anlage beizufügen. Aufnahme in das Protokoll ist nicht zulässig. Was von Anträgen gilt, welche in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind, gilt auch von solchen, welche von

früher verlesenen in wesentlichen Punkten abweichen. Wesentliche Punkte sind alle, welche für den Umfang der richtlichen Kognition bedeutsam sind.

Der Vorsitzende hat nach § 130 die Parteien aufzufordern, ihre Anträge, soweit dies nötig ist, niederzuschreiben. Hat der Vorsitzende dies unterlassen, so bietet die Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) die Handhabe, um die Aufforderung nachzuholen.

3. Sind Anträge, deren schriftliche Fixierung durch § 269 geboten ist, nicht schriftlich fixiert worden, so dürfen sie bei der Urteilsfällung nicht berücksichtigt werden. Im Thatbestand sind solche Anträge entweder überhaupt nicht zu erwähnen oder nur, um zu konstatieren, daß sie wegen Mangels der Niederschrift nicht zu berücksichtigen seien. Auf die Beobachtung des § 269 kann nicht verzichtet werden. Dessen Verletzung begründet Berufung und Revision.

4. Die Vorschriften des § 269 finden im Verfahren vor dem Berufungs- und dem Revisionsgericht Anwendung; nicht im Verfahren vor den Amtsgerichten (§ 469).

§ 270.

Soweit es sich nicht um Anträge (§ 269) handelt, sind wesentliche Erklärungen, welche in vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind, oder wesentliche Abweichungen von dem Inhalte solcher Schriftsätze, mögen die Abweichungen in Zusätzen, Weglassungen oder sonstigen Abänderungen bestehen, auf Antrag durch Schriftsätze, welche dem Protokolle als Anlage beizufügen sind, festzustellen.

In gleicher Weise sind auf Antrag auch Geständnisse sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide festzustellen.

Mot. S. 21, 22. KPr. S. 92–94, 543.

1. Nicht das gesamte Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung ist schriftlich zu fixieren. Nur wesentliche Erklärungen sind, wenn sie in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind, durch Schriftsätze festzustellen. Was von ganz neuen Erklärungen gilt, gilt auch von wesentlichen Abweichungen von den in diesen Schriftsätzen bereits enthaltenen Erklärungen. Unter den Begriff „Erklärungen" fällt jedes Vorbringen von „Angriffs- und Verteidigungsmitteln", also jede thatsächliche Behauptung und Negation, jede Beweisantretung, Beweiserklärung und Beweiseinrede (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 137). Ob Erklärungen wesentlich und neu, ob Abweichungen wesentlich sind, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden. Die Feststellung kann nur durch Schriftsätze der Parteien erfolgen, welche dem Protokoll als Anlagen beizufügen sind, nicht durch Aufnahme in das Protokoll. Die Feststellung erfolgt nicht von Amtswegen, sondern nur auf Verlangen einer Partei. Verlangt eine Partei die Feststellung eigener Erklärungen unter Überreichung eines Schriftsatzes, so kann weder der Gegner widersprechen, noch das Gericht solches Verlangen wegen nicht wesentlichen Inhalts zurückweisen. Verlangt eine Partei die Feststellung von gegnerischen Erklärungen, so hat der Vorsitzende, wenn die Voraussetzungen des § 270 gegeben sind, den Gegner aufzufordern, die Erklärungen niederzuschreiben und den Schriftsatz dem Protokoll beizufügen. Kommt der Gegner dieser Aufforderung nicht nach, so ist nicht verboten, die betreffenden Erklärungen zu berücksichtigen, denn das Präjudiz des § 269 Abs. 4 ist in § 270 nicht wiederholt; das Gericht hat daher die betreffenden Erklärungen im Thatbestand zu erwähnen und bei der Entscheidung darauf Rücksicht zu nehmen; aber die Partei riskiert, daß sie, wenn das Gericht ihr Vorbringen im Thatbestand des Urteils nicht oder in anderer Weise darstellt, Gegenbeweis gegen den Thatbestand nicht führen kann (§ 285) und daß dieser Thatbestand bezüglich der Frage, was in der Vorinstanz vorgebracht

ist, für die höhere Instanz maßgebend ist. [So auch Gaupp II S. 210, Planck I S. 430, AM. Struckm. Koch N. 2 und Wilm. Levy N. 2: die Partei, welche die Fixierung verlangt, sei zur Niederschrift der gegnerischen Erklärung zuzulassen; v. Sarwey I S. 415: das Gericht habe die Erklärung in das Protokoll aufzunehmen.]

2. Gerichtliche Geständnisse (§ 261) und Eideserklärungen (§ 417) sind auf Verlangen einer Partei festzustellen, auch wenn sie mit den vorbereitenden Schriftsätzen übereinstimmen; denn das gerichtliche Geständnis und die Eideserklärung erlangen erst durch die Erklärung in mündlicher Verhandlung Existenz. Das Gericht hat nicht zu prüfen, ob die Thatsache, auf welche sich das Geständnis oder die Eideserklärung bezieht, wesentlich ist. Die Feststellung kann auch hier nur durch Beifügung eines Schriftsatzes zu Protokoll geschehen. Entspricht die Partei, welche die Geständnis- oder Eideserklärung abgegeben hat, der Aufforderung zur Niederschrift nicht, so gilt, was in Bem. Nr. 1 a. E. gesagt ist. Wegen der Geständnisse vgl. insbesondere noch Bem. Nr. 6 zu § 261.

3. Die Vorschrift des § 146 besteht neben der des § 270. Es sind also alle Anerkenntnisse, Verzichte und Vergleiche von Amtswegen in das Protokoll aufzunehmen.

4. Für das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen gelten die Vorschriften des § 315. Für das Verfahren vor den Amtsgerichten gilt § 270 nicht; an dessen Stelle tritt für das amtsgerichtliche Verfahren § 470.

§ 271.

Die Parteien können von den Prozeßakten Einsicht nehmen und sich aus denselben durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen.

Dritten Personen kann der Vorstand des Gerichts ohne Einwilligung der Parteien die Einsicht der Akten nur gestatten, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.

Die Entwürfe zu Urteilen, Beschlüssen und Verfügungen, die zur Vorbereitung derselben gelieferten Arbeiten, sowie die Schriftstücke, welche Abstimmungen oder Strafverfügungen betreffen, werden weder vorgelegt noch abschriftlich mitgeteilt.

Mot. S. 202. KPr. S. 94, 543.

1. Über jeden Rechtsstreit sind bei dem Prozeßgericht gesonderte Akten anzulegen. Zu den Akten sind alle den Rechtsstreit betreffenden Schriftstücke zu nehmen, insbesondere die bei Gericht hinterlegten vorbereitenden Schriftsätze (§ 127), die Protokolle nebst den Anlagen (§§ 145, 146, 269, 270), die Urschriften der Urteile, Beschlüsse und Verfügungen, sowie die Beurkundungen, welche sich auf die von Amtswegen zu bethätigenden Zustellungen und auf die Verrichtungen des Gerichtsschreibers beziehen (Nordd. Entw. § 399, vgl. Preuß. Gesch.-Ordn. für die Gerichtsschr. der Amtsgerichte, Anl. I zu JMBl. Nr. 32 v. 1879 §§ 7, 23, 24, der Landgerichte, Anl. II dazu § 19 ff., der Oberlandesgerichte Anl. A zu JMBl. Nr. 37 v. 1879 §§ 7, 19 ff.). Die Parteien selbst, sowie ihre Vertreter und Bevollmächtigten können von den Gerichtsakten Einsicht nehmen und sich Ausfertigungen (d. h. beglaubigte Abschriften von Verfügungen, Beschlüssen, Urteilen), Auszüge und Abschriften durch den Gerichtsschreiber erteilen lassen. Vgl. a. GKG. §§ 3, 97. Der Offizialanwalt einer zum AR. zugelassenen Partei kann die unentgeltliche Ausfertigung von Abschriften aus den Prozeßakten durch die Gerichtsschreiberei oder Ersatz der von ihm selbst aufgewendeten Schreibgebühren von der Staatskasse verlangen [RG. 16. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 103 S. 342].

Daß sich die Parteien 2c. sowie ihre Vertreter und Bevollmächtigten selbst Auszüge und Abschriften fertigen können, ergiebt sich aus dem Rechte der Akteneinsicht. Parteien im Sinne des § 271 sind auch der Haupt- und der Nebenintervenient, nicht der Litisdenunziat und der auctor nominatus vor dem Beitritt.

2. Andere Personen als die Parteien dürfen die Akten einsehen, wenn der Vorstand des Gerichts (bei dem Amtsgericht der Einzelrichter, welchem die allgemeine Dienstaufsicht übertragen ist, bei den Landgerichten, den Oberlandesgerichten und dem Reichsgericht der Präsident) ihnen auf Ansuchen die Akteneinsicht gestattet. Der Vorstand des Gerichts hat die Einsicht der Akten ohne weiteres zu gestatten, wenn die beiden Parteien einwilligen. Ohne solche Einwilligung nur, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht (§ 266) wird. Rechtliches Interesse bedeutet hier nicht bloß ein privatrechtliches Interesse; es genügt auch ein aus dem öffentlichen Recht entspringendes Interesse (z. B. Zweck der Verteidigung in einem Strafprozeß). Unmittelbarer und gegenwärtiger Einfluß des Prozesses auf die Rechtssphäre des dritten ist nicht erforderlich. — Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann der Vorstand des Gerichts dritten Personen nur die Erlaubnis zur Akteneinsicht, nicht auch die Berechtigung erteilen, sich Abschriften 2c. durch den Gerichtsschreiber anfertigen zu lassen. Nach hannov. Entw. §§ 227, 228 und nordd. Entw. §§ 400, 401 konnte dritten Personen die Erlaubnis sich Abschriften erteilen zu lassen, gegeben werden. Eine Ausdehnung des Gesetzes über seinen Wortlaut ist nicht gerechtfertigt, da die Fassung der Entwürfe doch wohl absichtlich verändert wurde. [Vgl. OLG. Darmstadt SA. XLII Nr. 256. AM. Struckm. Koch N. 2.] Der dritte, welchem die Erlaubnis zur Akteneinsicht erteilt ist, kann sich natürlich selbst Abschriften und Auszüge machen.

3. Die Akten sind regelmäßig bei Gericht einzusehen. In der JK. d. RT. war der Zusatz beantragt worden: „Mit Genehmigung des Vorsitzenden können die dem Gericht vorliegenden Akten den Anwälten in deren Wohnung verabfolgt werden." (Vgl. StPrO. § 147.) Der Antrag wurde abgelehnt. Daraus folgt nicht, daß die Verabfolgung von Gerichtsakten zur Einsicht außerhalb der Gerichtsräume prinzipiell unzulässig ist.

4. Gegen die Abweisung eines Gesuchs um Gewährung der Akteneinsicht ist Beschwerde zulässig (arg. § 530). Vgl. a. Nordd. Entw. § 814 Nr. 9.

5. Die in Abs. 3 bezeichneten Aktenbestandteile dürfen weder den Parteien noch dritten vorgelegt werden. Aus Abs. 3 geht hervor, daß Separatvota der Abstimmenden zulässig sind. [So auch Struckm. Koch Komm. z. GVG. § 199 N. 4, Wilm. Levy Komm. z. GVG. § 199 N. 1, Endemann I S. 185, Gaupp II S. 122 f. AM. Hellmann Komm. II S. 151.]

Zweiter Titel.

Urteil.

1. Die richteramtliche Thätigkeit im Civilprozeß besteht in Prozeßleitung, Aburteilung, Zwangsvollstreckung. Letztere ist zum größeren Teil richterlichen Nebenbeamten übertragen. In Ausübung der richteramtlichen Thätigkeit erläßt die Gerichtsbehörde Erklärungen verschiedener Art an die Parteien oder an dritte. Diese Erklärungen hieß man im früheren Prozeß Dekrete. Die CPrO. gebraucht dafür den Ausdruck Entscheidungen. Je nach der Gerichtsbehörde, von welcher die Entscheidung ausgeht, unterscheidet die CPrO. terminologisch: Verfügungen, das sind Entscheidungen des Vorsitzenden, des beauftragten oder ersuchten Richters, des Gerichtsschreibers — und Urteile und Beschlüsse, das sind Entscheidungen des Gerichts. Die auf Grund obligatorischer mündlicher Verhandlung unter den Parteien

oder gegenüber dritten erlassenen, nicht bloß prozeßleitenden Entscheidungen des Gerichts sind Urteile; die anderen, also alle ohne mündliche Verhandlung oder nach bloß fakultativer mündlicher Verhandlung (s. Bem. Nr. 6 zu § 119) erlassenen Entscheidungen, ferner alle nach obligatorischer mündlicher Verhandlung erlassenen prozeßleitenden Entscheidungen des Gerichts sind Beschlüsse. Übrigens ist der Grundsatz nicht streng durchgeführt. § 802 enthält einen Fall, in welchem die mündliche Verhandlung fakultativ, gleichwohl aber nach mündlicher Verhandlung Urteil zu erlassen ist. Andererseits ist in § 291 für eine nach obligatorischer mündlicher Verhandlung zu erlassende, nicht bloß prozeßleitende Entscheidung die Beschlußform vorgeschrieben.

Für alle Arten von Entscheidungen gilt das Gebot der schriftlichen Feststellung (§ 146 Nr. 5) und gelten die Vorschriften der §§ 283 und 288. Für Urteile und Beschlüsse gelten außerdem die Vorschriften der §§ 280, 281. Nur für Urteile gelten die Vorschriften der §§ 282, 284—287, 289—293.

Urteil und Beschluß scheiden sich äußerlich dadurch, daß das Urteil neben der Decisive (Urteilsformel) eines Thatbestandes und der Entscheidungsgründe bedarf (§ 284), während für den Beschluß weder Thatbestand noch Entscheidungsgründe geboten sind. Zulässig ist die Beifügung von Thatbestand und Entscheidungsgründen auch bei Beschlüssen. Ist gegen den Beschluß Beschwerde statthaft, so ist die Beifügung der Entscheidungsgründe nicht wohl zu entbehren. Zwar ein Verstoß gegen das Prozeßgesetz würde auch in solchen Fällen durch einen Beschluß ohne Gründe nicht begangen, aber das Gericht hätte von der im Gesetze gewährten Freiheit unvernünftigen Gebrauch gemacht.

Seine Urteile kann das Gericht nicht selbst ändern; es ist daran „gebunden" (§ 289). Beschlüsse und Verfügungen kann das Gericht, bzw. der Vorsitzende, ersuchte oder beauftragte Richter, von dem sie erlassen sind, abändern (vgl. § 534 und Bem. Nr. 3 zu § 540); doch ist zur Abänderung notwendig, daß das Gericht, der Vorsitzende, der beauftr. oder ers. Richter noch mit der Sache befaßt ist. Auch ist nicht überall, sondern nur bei den rein prozeßleitenden Beschlüssen und Verfügungen Abänderung von Amtswegen zulässig. [Vgl. dazu Planck I S. 471 ff., welcher Beschlüsse „mit Urteilsnatur" (?) für unabänderlich erklärt.]

2. Innerhalb des Urteils ist zu unterscheiden a) das Versäumnisurteil und das Nicht-Versäumnisurteil. Versäumnisurteil ist das Urteil, welches auf Grund einer mündlichen Verhandlung, in welcher nur eine Partei erschienen war oder verhandelt hat, auf Grund der für die Terminsversäumnis gesetzten Rechtsfolgen erlassen ist [vgl. Planck I S. 457, Troll Vers.Urt. S. 2 ff. AM. Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 66 f.]. Es ist Versäumnisurteil nur gegenüber der nicht erschienenen Partei. Alle anderen Urteile nennt man ungenau „kontradiktorische", richtiger: Nicht-Versäumnisurteile [vgl. L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVII S. 484]. Vom Versäumnisurteil handeln die §§ 296—312. b) Zu unterscheiden sind ferner Endurteile (bedingte und unbedingte s. § 272), Teilurteile (s. §§ 273, 274), eine Unterart der Endurteile, und im Gegensatz zu Endurteilen Zwischenurteile (s. § 275).

§ 272.

Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurteil zu erlassen.

Dasselbe gilt, wenn von mehreren, zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Prozessen nur der eine zur Endentscheidung reif ist.

Mot. S. 29–32, 216–220. KPr. S. 95–97, 543.

1. Endurteile sind die Urteile, welche den Rechtsstreit ganz oder teilweise in unbedingter oder durch Eid bedingter Entscheidung erledigen. Zu denselben gehören die Teilurteile (§§ 273, 274). In Gegensatz zu Endurteilen treten die Zwischenurteile (§ 275). Nur von solchen Urteilen, welche einen Prozeß (unbedingt oder bedingt) erledigen, handelt § 272.

Die Motive sagen: „Unter Endurteilen sind diejenigen Urteile zu verstehen, welche die Hauptsache und somit den Rechtsstreit selbst ganz oder teilweise entscheiden." Darnach könnte man meinen, Urteile, welche nicht über die Hauptsache entscheiden, seien keine Endurteile. Ohne Zweifel sind aber auch solche Urteile, welche einen Prozeß ohne Urteil über die Hauptsache aus prozessualischen Erwägungen beendigen (so z. B. das Urteil, welches eine Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abweist, dgl. das Urteil, welches einen Einspruch, eine Berufung, Revision, einen Wiedereinsetzungsantrag, eine Restitutions- oder Nichtigkeitsklage aus prozessualischen Gründen zurückweist), Endurteile im Sinne des Gesetzes [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 8 ff.].

2. Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif, wenn derselbe soweit durchgeführt ist, daß das Gericht aus prozessualischen oder aus materiellrechtlichen Erwägungen eine unbedingte oder eine durch den Eid einer Partei bedingte Entscheidung über den Ausgang des Rechtsstreits treffen kann. Sind die Verhandlungen soweit gediehen, dann ist das bedingte oder unbedingte Endurteil zu erlassen. Wurden nebeneinander mehrere selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel (s. Bem. Nr. 2 zu § 137) vorgebracht, von denen schon eines für unbedingte Entscheidung genügt, so ist bei der Reife des einen die Endentscheidung nicht deswegen zu verschieben, weil das andere noch nicht zur Entscheidung gereift ist. Das gleiche gilt, wenn ein selbständiges Verteidigungsmittel, welches die Abweisung der Klage bedingt, die Endentscheidung ermöglicht, mag auch der Klagegrund noch nicht zur Entscheidung gereift sein (z. B. Kläger erhebt Ansprüche aus einem Gesellschaftsvertrag; Beklagter bestreitet dieselben, behauptet aber zugleich einen alle etwaigen Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis umfassenden Erlaßvertrag und beweist denselben durch Urkunde; die Klage ist ohne Beweis über den Klagegrund abzuweisen). Nur bei der Kompensationseinrede, welche neben Bestreitung der klägerischen Forderung vorgebracht ist, steht die Sache anders, weil Aufrechnung nur möglich ist, wenn der Anspruch des Klägers besteht. — Eine materielle Abweisung kann nicht erfolgen, solang das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen nicht feststeht (z. B. Beklagter hat die Einrede der Unzuständigkeit und die Einrede des Erlasses vorgebracht; erstere ist illiquid, letztere liquid; gleichwohl darf die Klage nicht als unbegründet abgewiesen werden). — Die Bemerkung der Mot. (S. 219, 220):

> „Wenn auch der Richter in der Regel das Streitmaterial nur soweit seiner Beurteilung unterziehen wird, als dies zur Begründung der Entscheidung notwendig ist, so würde es doch nicht unbedenklich sein, in dieser Beziehung durch eine positive Vorschrift Schranken zu ziehen. Vielmehr muß es dem durch die Umstände des einzelnen Falls geleiteten Ermessen des Richters überlassen bleiben, ob im Urteil das gesamte Streitmaterial oder nur ein für die Endentscheidung durchgreifender Teil desselber zu prüfen ist (vgl. hann. Prot. V S. 1622, Nordd. Prot. II S. 611)",

will dem richterlichen Ermessen nicht in Bezug auf den Zeitpunkt der Erlassung des Endurteils, sondern nur in Bezug auf die mehr oder minder umfassende Beurteilung des Prozeßstoffs in den Entscheidungsgründen Raum lassen.

3. Zu Abs. 2: Die Vorschrift bezieht sich auf die nach § 138 verbundenen Prozesse derselben oder verschiedener Parteien, nicht auf die Fälle der Streitgenossenschaft (§§ 56, 57) und der Klagenhäufung (§ 232); von diesen handelt § 273. — Die Erlassung des Endurteils in den von § 272 Abs. 2 betroffenen Fällen ist kategorisch angeordnet, nicht in das richterliche Ermessen gestellt.

§ 273.

Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Teil eines Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurteil (Teilurteil) zu erlassen.

Die Erlassung eines Teilurteils kann unterbleiben, wenn das Gericht sie nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet.

Mot. S. 29–32, 216–218, 219, 220. KPr. S. 95–97, 543.

1. Das Teilurteil des § 273 ist Endurteil über einen von mehreren in einem Prozesse durch subjektive oder objektive Klagenhäufung oder durch Klage und Widerklage geltend gemachten Ansprüchen, ferner über einen quantitativen Teil eines Anspruchs. Der Ausdruck „Anspruch" umfaßt hier sowohl das Recht auf Leistung, wie auch das Klagerecht, durch welches kein Recht auf Leistung geltend gemacht wird (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136). Jedes Teilurteil hat mindestens ein weiteres Teilurteil über den unerledigten Rest der im Prozesse befangenen Ansprüche bzw. des Anspruchs zur Folge. Der unerledigte Teil des Prozesses bleibt rechtshängig. Der Prozeß wird stückweise erledigt. Gegen jedes Teilurteil ist selbständige Berufung und Revision möglich. Die gegen ein Teilurteil eingelegte Berufung oder Revision berührt das andere Teilurteil nicht. Jedes Teilurteil ist gesonderter Rechtskraft fähig und muß selbständig, nicht etwa erst mit dem letzten Urteil, angefochten werden. Daraus ergeben sich die Nachteile, daß ein und dieselbe Sache stückweise durch die Instanzen geführt werden kann, und daß das Gericht, indem es ein Teilurteil erlassen oder unterlassen kann, über die Zulässigkeit der von dem Vorhandensein der Revisionssumme bedingten Revision zu disponieren nach Umständen in der Lage ist. Diese Nachteile werden jedoch überwogen von den Vorteilen der Vereinfachung des Prozesses und der Vollstreckbarkeit des Teilurteils.

2. Zu Abs. 1: Die Erlassung eines Teilurteils ist vorgesehen: a) wenn von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen desselben Klägers oder mehrerer Kläger gegen denselben Beklagten oder gegen mehrere Beklagte (s. §§ 56, 232) ein Anspruch zur Entscheidung durch bedingtes oder unbedingtes Endurteil reif ist. b) Wenn ein quantitativer Teil eines Anspruchs zur Entscheidung durch bedingtes oder unbedingtes Endurteil gereift ist [vgl. RG. 30. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 105 S. 423]. Dies kann nur bei materiellrechtlichen Ansprüchen vorkommen. Die beanspruchte Leistung muß nach Civilrecht teilbar sein. c) Wenn bei erhobener Widerklage (§ 33) nur die Klage oder d) wenn nur die Widerklage oder eine von mehreren Widerklagen zur Entscheidung durch bedingtes oder unbedingtes Endurteil reif ist. Rechtlicher Zusammenhang zwischen Klag- und Widerklaganspruch hindert die Erlassung eines Teilurteils nicht.

3. Zu Abs. 2: Das Teilurteil soll nur aus besonderen Gründen unterbleiben. Im Gegensatz zu § 274 ist in Abs. 1 des § 273 die Wendung „das Gericht hat ein Teilurteil zu erlassen" gebraucht und die Befugnis zur Unterlassung in einem besonderen Absatz angefügt (vgl. KPr. S. 96). Umstände, welche ein Teilurteil als nicht angemessen erscheinen lassen, können z. B. in der Voraussicht der Verzögerung des in der Instanz anhängig bleibenden Prozesses durch Einlegung eines Rechtsmittels, in der Rücksichtnahme auf die Zerstörung der Revisionssumme oder auch darin gefunden werden, daß rasche Erledigung des restigen Prozeßstoffes zu erwarten ist. Dagegen, daß das Gericht entgegen einem Parteiantrag Teilurteil unterläßt, ist keine Beschwerde zulässig [RG. 20. April 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1150]. — Ein Zwischenurteil kann über einen materiellrechtlichen Anspruch auf Leistung oder einen Teil eines solchen nicht erlassen werden; denn ein solcher Anspruch ist nicht

Angriffsmittel im Sinne des § 275. Zweifelhaft ist, ob bei Kombination von Leistungsklage mit einer präjudiziellen Feststellungsklage über letztere durch Zwischenurteil erkannt werden kann. Eine solche Feststellungsklage ist „Anspruch" im Sinne des § 273 (s. Bem. Nr. 1); die Behauptung des präjudiziellen Rechtsverhältnisses kann aber zugleich als Angriffs- oder Verteidigungsmittel für die Leistungsklage in Betracht kommen. Das Gericht dürfte daher die Wahl zwischen Teilurteil und Zwischenurteil haben [vgl. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 131, Schollmeyer Zwischenstr. S. 26, Komp.Einr. S. 111. AM. Brettner Mag. f. DR. V S. 288].

4. Im Teilurteil ist über die Kosten zu entscheiden (s. Bem. Nr. 4 zu § 87).

§ 274.

Ist von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlungen durch Teilurteil erfolgen.

Mot. S. 217, 218. KPr. S. 97, 543.

1. § 274 ergänzt die Vorschrift des § 136 Abs. 2, soweit sich diese Gesetzesstelle auf die durch Einrede geltend gemachte Gegenforderung bezieht. Bezüglich der durch Widerklage geltend gemachten Gegenforderung gilt § 273, welcher über § 136 hinausgeht, insofern er auch bei konnexen Widerklagen Teilurteil gestattet. — Gleichwie in einem Stadium des Prozesses, in welchem Forderung und Gegenforderung noch nicht urteilsreif sind, die Verhandlung von Forderung und nicht konnexer Gegenforderung in getrennten Prozessen angeordnet werden kann, so kann ohne vorherige Anordnung der getrennten Verhandlung über die zum bedingten oder unbedingten Urteil gereifte Forderung ein Urteil erlassen, die nicht konnexe Gegenforderung aber zur Verhandlung in getrenntem Prozesse verwiesen werden. Es fällt auf, daß das Gesetz in § 136 von „Verhandlung in getrennten Prozessen", in § 274 von „Trennung der Verhandlungen" spricht. Aber die Ausdrücke müssen synonym sein; jeder Versuch, sie verschiedenartig zu deuten, mißlingt. — Die Trennung durch Teilurteil (§ 274) steht ebenso, wie die Trennung durch Beschluß (§ 136) im richterlichen Ermessen.

2. Über die Begriffe „Forderung" — „Gegenforderung" s. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 136. — Über „rechtlichen Zusammenhang" s. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 33.

3. Das Teilurteil nach § 274 kann nur auf unbedingte oder durch Eid bedingte Verurteilung des Beklagten, nicht auf Liquidstellung, lauten. Gegen das Teilurteil ist selbständige Berufung und Revision möglich. Das Teilurteil ist unter den allgemeinen Voraussetzungen vollstreckbar. Die Erlassung eines Teilurteils kann daher ebenso, wie die Trennung nach § 136, die Durchführung der Kompensation gefährden (s. Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136). Die Wirkung des Teilurteils bezüglich der Gegenforderung ist dieselbe, wie bei Trennungsbeschluß nach § 136 Abs. 2. Die nur einredeweise geltend gemachte Gegenforderung war nie rechtshängig, kann daher auch nicht rechtshängig bleiben. Dem verurteilten Beklagten bleibt überlassen, bezüglich der Gegenforderung eine besondere Klage zu erheben. Für die Klage gelten die allgemeinen Zuständigkeitsregeln. Im neuen Prozeß sind die Parteirollen umgewechselt. Die Klage führt, wenn sie begründet ist, zur Verurteilung des Beklagten zur Zahlung, nicht zu einem nachträglichen Ausspruch über die Kompensation 2c. 2c. Vgl. darüber Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136, woselbst auch die Litteratur, die abweichenden Ansichten und die Rechtsprechung angegeben sind. Zur Litt. jetzt noch Mot. z. E. e. d. GB. S. 363.

4. In dem Teilurteile ist über die Kosten zu entscheiden (s. Bem. Nr. 4 zu § 87).

§ 275.

Ist ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel oder ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif, so kann die Entscheidung durch Zwischenurteil erfolgen.

Mot. S. 29–32, 217, 218. KPr. S. 97, 543.

1. Litteratur: Schollmeyer der Zwischenstreit unter den Parteien (1880), Übel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 464, v. Krämel Arch. f. CPr. LXVI S. 314 ff., Brettner Mag. f. DR. V S. 283 ff., Planck I S. 455 f.

2. Den Ausdruck „Zwischenurteil" gebraucht das Gesetz in dreifachem Sinne: a) zur Bezeichnung des einen Zwischenstreit zwischen Parteien und dritten abschließenden Urteils (§§ 68, 126, 352); b) zur Bezeichnung des Urteils, welches über ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungmittel entscheidet; c) zur Bezeichnung des einen Zwischenstreit unter den Parteien entscheidenden Urteils. Von Zwischenurteil im Sinne b und c handelt § 275.

3. Zwischenurteil über ein selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel. Wegen des Begriffs „selbst. Angr.- und Vert.-mittel" s. Bem. Nr. 2 zu § 137. Ein solches Zwischenurteil wird insbesondere dann angezeigt sein, wenn eine Beschränkung der Verhandlung nach § 137 vorherging und die beschränkte Verhandlung kein Endurteil ermöglicht. Die Erlassung eines Zwischenurteils ist aber nicht dadurch bedingt, daß Beschränkung vorherging. Beispiele: a) Der Kläger behauptet Eigentum oder ein anderes dingliches Recht auf Grund Erwerbs durch Erbschaft und auf Grund von Ersitzung. Durch Zwischenurteil kann festgestellt werden, daß das dingliche Recht durch Erbschaft nicht erworben ist, so daß die weitere Verhandlung sich auf den anderen Erwerbsgrund beschränkt. — b) Der Kläger stellt die hereditatis petitio ab intestato und behauptet, das Testament, auf Grund dessen der Beklagte Erbe sein will, sei wegen Formmangels nichtig; eventuell: das Testament sei erzwungen; subeventuell: durch das Testament sei des Klägers Noterbrecht verletzt. Ein Zwischenurteil stellt fest, daß ein Formmangel nicht besteht. Die Verhandlung wird beschränkt auf die Frage, ob das Testament erzwungen sei. Ein zweites Zwischenurteil erledigt die Frage dahin, daß das Testament nicht erzwungen sei, oder macht die Erledigung dieser Frage von einer Eidesleistung abhängig. Dann wird nur nur noch die Frage wegen Verletzung des Noterbrechts verhandelt. c) Der Kläger stellt eine Reihe von Forderungen aus einem Gesellschaftsverhältnisse auf; Beklagter bestreitet deren Richtigkeit und behauptet eventuell, daß alle Forderungen durch einen generellen Abrechnungs- und Nachlaßvertrag getilgt seien. Das Gericht erachtet es für zweckmäßig, die, eine weitläufige Beweisführung erfordernde Liquidstellung der einzelnen Klageposten auszusetzen und die Verhandlung auf die einfacher zu erledigende Einrede zu beschränken. Darauf wird durch Zwischenurteil entschieden, daß die Einrede nicht begründet ist. U. s. w. [Andere Beispiele bei Übel a. a. O. und RG. 16. Jan. 1884 Beitr. z. E. DR. XXVIII S. 1146.]

Ein derartiges Zwischenurteil ist ein antizipierter Bestandteil der Entscheidungsgründe des Endurteils. Es kann niemals auf Zuerkennung oder Abweisung, sondern immer nur auf Feststellung lauten. In dem obigen Beispiele ad a) würde das Zwischenurteil etwa lauten: „Es wird festgestellt, daß dem Kläger Eigentum an der Sache x durch Erbschaft nicht erworben ist"; in dem Beispiele ad b): 1. Zwischenurteil: „Es wird festgestellt, daß das Testament des Y den Formvorschriften entspricht"; 2. Zwischenurteil: „Es wird festgestellt, daß das Testament nicht erzwungen ist"; oder in dem Beispiel ad c): „Es wird festgestellt, daß die Einrede des Nachlaßvertrags unbegründet ist." — Der durch das Zwischenurteil erfaßte

Prozeßstoff ist für die Instanz erledigt; es kann über denselben in dieser Instanz nicht mehr verhandelt werden. Das Gericht ist an das Zwischenurteil gebunden. Wegen durch Eid bedingter Zwischenurteile s. § 426 Abs. 2. Ein Zwischenurteil mit anderer Bedingung als Eidesleistung ist unzulässig [RG. 24. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 73 S. 328]. Anfechtbar ist das Zwischenurteil erst mit dem Endurteil (§§ 473, 510). Doch statuiert das Gesetz ausnahmsweise die selbständige Anfechtbarkeit in §§ 276 Abs. 2, 502 Abs. 2, 562 Abs. 2 (vgl. Bem. N. 4 a. E.). Nur diese Zwischenurteile sind für sich der Rechtskraft fähig; alle anderen Zwischenurteile werden erst rechtskräftig durch Rechtskraft des ihnen folgenden Endurteils.

4. Zwischenurteil über einen Zwischenstreit unter den Parteien Zwischenstreit unter den Parteien ist der innerhalb eines anhängigen Prozesses sich ergebende, nur nach mündlicher Verhandlung und nicht durch Beschluß oder Verfügung zu erledigende Streit unter den Parteien über selbständige prozessualische Angriffs- und Verteidigungsmittel derselben. [Schollmeyer a. a. O., besonders S. 93, vgl. a. Wach Vortr. S. 88 f., Fitting Lehrb. S. 122 f.] Der Streit über materiellrechtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel ist kein Zwischenstreit i. S. d. CPrO. Streitigkeiten außerhalb eines anhängigen Prozesses, z. B. über die Zulässigkeit einer Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, sowie die Streitigkeiten in der Exekutionsinstanz einschließlich des Verfahrens bei Arrest und einstweiliger Verfügung sind nicht Zwischenstreite i. S. d. Gesetzes. [Schollmeyer a. a. O. S. 68 ff.]. Streitpunkte, welche durch Beschluß oder Verfügung erledigt werden können, sind nicht Gegenstand eines Zwischenstreits [Schollmeyer a. a. O. 82 ff.]. Das Gebiet des Zwischenstreits beschränkt sich auf solche Punkte, welche nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung durch Urteil erledigt werden können. Daher sind alle diejenigen Punkte, über welche ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann (s. Bem. Nr. 6 zu § 119), dem Gebiete des Zwischenstreits entrückt. [Schollmeyer a. a. O. S. 88 ff.]

Beispiele von Zwischenstreitigkeiten: Als Zwischenstreit wird im Gesetze (§ 331) ausdrücklich bezeichnet, der vor einem beauftragten oder ersuchten Richter bei der Beweisaufnahme sich ergebende Streit, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Erledigung der beauftragte oder ersuchte Richter nicht befugt ist. Ferner bezeichnen die Motive als Zwischenstreite die Verhandlungen über Urkundenedition, über die Zulässigkeit eines Beweismittels, über eine Beweiseinrede, über die Echtheit von Urkunden, endlich das Verfahren, welches die Erklärung über die Zulässigkeit der Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides oder die Abnahme von Parteieiden zum Gegenstande hat. Es lassen sich anreihen die Streitigkeiten über die Prozeßvoraussetzungen (s. Bem. Nr. 2 zu § 247), also auch über die sog. prozeßhindernden Einreden des § 247 [AM. Wach Vortr. S. 88 f., Birkmeyer Rechtsf. S. 43, Weismann Hauptinterv. S. 120; dagegen Schollmeyer a. a. O. S. 78 ff.] und über Ordnungsmäßigkeit der Klagerhebung; über Vorhandensein einer Klagänderung; über Zulässigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Rechtzeitigkeit des Einspruchs, des Restitutionsgesuchs, des eingelegten Rechtsmittels, der Restitutions- oder Nichtigkeitsklage; über die Zulässigkeit der Zurücknahme der Klage oder des Rechtsmittels; über die Zulässigkeit einer Frage an den Zeugen oder Sachverständigen 2c. 2c.

Ergiebt sich aus der Entscheidung des Zwischenstreits die Erledigung des Prozesses für die betreffende Instanz — wie z. B. aus der Entscheidung, daß ein Mangel der Prozeßvoraussetzungen vorliege, die Abweisung der Klage; aus der Entscheidung, daß ein Rechtsmittel nicht ordnungsmäßig eingelegt sei, die Zurückweisung desselben; aus der Abweisung eines Urkundeneditionsgesuches oder aus der Entscheidung, daß eine Eideszu- oder -zurückschiebung unzulässig sei, die Entscheidung in der Sache selbst — so ist kein Raum für ein Zwischenurteil. Dann

ist vielmehr Endurteil zu fällen und die Entscheidung des Zwischenstreits in die Entscheidungsgründe des Endurteils aufzunehmen. Nur wenn aus der Entscheidung des Zwischenstreits die Entscheidung des Prozesses noch nicht resultiert, ist Zwischenurteil möglich. Auch dieses Zwischenurteil ist antizipierter Bestandteil des Endurteils. Der durch das Zwischenurteil erfaßte Prozeßstoff ist für die Instanz erledigt. Das Gericht ist an das Zwischenurteil gebunden. Anfechtbar ist das Zwischenurteil erst mit dem Endurteil; Ausnahme: § 248 Abs. 2 (vgl. Bem. Nr. 3 a. E.).

Das Vorhandensein eines Zwischenstreits ist bedeutsam für die Möglichkeit eines Versäumniszwischenurteils (§ 312 Abs. 2) und für die Anordnung einer Eidesleistung durch Beweisbeschluß (§ 426 Abs. 1).

5. Über Kostenentscheidung im Zwischenurteil s. Bem. Nr. 4 litt. d zu § 87.

§ 276.

Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so kann das Gericht über den Grund vorab entscheiden.

Das Urteil ist in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen; das Gericht kann jedoch, wenn der Anspruch für begründet erklärt ist, auf Antrag anordnen, daß über den Betrag zu verhandeln sei.

Mot. S. 218, 219. KPr. S. 97 98, 543.

1. § 276 bezieht sich nicht bloß auf Prozesse über Schadensersatz oder Interesse, sondern auf alle Prozesse, in denen Grund und Betrag streitig sein kann, z. B. Prozesse über Erbschaften, Gesellschaftsforderungen ꝛc. Ist bei Feststellungsklagen Grund und Betrag einer Verbindlichkeit streitig, so ist § 276 anwendbar [RG. 21. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 104 S. 362].

2. Ist der Grund und der Betrag des im Prozeß befangenen Anspruchs streitig, so kann das Gericht gemäß § 137 anordnen, daß die Verhandlung zunächst auf den Grund des Anspruchs zu beschränken sei. Sowie der Anspruch sich dem Grunde nach als hinfällig erweist, ist die Klage durch Endurteil abzuweisen. Das Gericht kann aber sowohl nach Erlassung jener Anordnung wie ohne dieselbe [so auch RG. 21. Nov. 1881 Entsch. VIII Nr. 104 S. 361, 3. Jan. 1884 XI Nr. 141 S. 429] über den Grund des Anspruchs in einem unbedingten oder durch Eid bedingten [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 17 ff.] Zwischenurteil vorab entscheiden, ohne den Betrag zu berühren, wenn der Anspruch seinem Grunde nach als begründet erscheint. Über die Kosten ist dabei nicht zu erkennen [RG. 26. Apr. 1865 Entsch. XIII Nr. 104 S. 390]. Über den Grund einer nach Grund und Betrag streitigen Kompensationseinrede kann kein Urteil nach § 276, sondern nur eines nach § 275 erlassen werden [RG. 16. Mai 1882 Entsch. VI Nr. 132 S. 421, 29. März 1883 XII Nr. 101 S. 363], weil die Kompensationseinrede nicht Rechtshängigkeit begründet (s. Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136). — Nur ein Urteil, welches feststellt, daß der Anspruch dem Grunde nach zu Recht besteht, fällt unter § 276; daher nicht ein Urteil, welches das Entstandensein eines Anspruchs feststellt und die Frage, ob nicht der Anspruch aufgehoben sei, weiterer Entscheidung vorbehält; ein solches ist gewöhnliches Zwischenurteil (§ 275) [RG. 1. Febr. 1884 SA. XXXIX Nr. 254]. — Die Entscheidung über den Grund eines einzelnen Rechnungspostens, welcher neben anderen streitigen Posten in der Klage vorgetragen ist, ist Zwischenurteil nach § 275, nicht nach § 276 [RG. 21. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 104 S. 363. Daß vom RG. gleichwohl die selbständige Anfechtung zugelassen wurde, weil das Gericht irrtümlich seine Entscheidung als Zwischenurteil nach § 276 bezeichnet hatte,

ist wohl nicht richtig; denn die irrtümliche Bezeichnung kann doch nicht die Anfechtbarkeit bewirken].

3. Das Urteil, welches feststellt, daß ein dem Grund und Betrag streitiger Anspruch dem Grunde nach zu Recht bestehe, wäre als Zwischenurteil nicht selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar; es ist jedoch durch Abs. 2 in betreff der Rechtsmittel dem Endurteil gleichgestellt, also selbständiger Berufung und Revision fähig. Folglich ist dieses Urteil, obwohl Zwischenurteil, gesonderter Rechtskraft fähig und kann nicht, wie andere Zwischenurteile, mit dem Endurteile angefochten werden. Die selbständige Anfechtbarkeit kommt nicht bloß dem unbedingten sondern auch dem durch Eid bedingten Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs zu [L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 19 ff., vgl. RG. Entsch. VI Nr. 134 S. 430 f.]. Vollstreckbar ist das Zwischenurteil nicht. Über Terminsversäumnis in dem Verfahren, welches die Bestimmung des Betrags zum Gegenstande hat, s. § 312 Abs. 1.

4. Wird der Anspruch als dem Grunde nach hinfällig erkannt, so darf zu einer Verhandlung über den Betrag nicht geschritten werden. Wird der Anspruch aber für begründet erkannt, so kann auf Antrag des Klägers oder des Beklagten angeordnet werden, daß über den Betrag zu verhandeln sei. Das Gericht wird dem Antrage nur stattgeben, wenn es nach den Umständen des gegebenen Falls auf Unterlassung der Anfechtung bzw. auf Bestätigung seines Urteils durch das Obergericht mit einiger Sicherheit rechnen kann (KPr. S. 98). Auf die Antragstellung, die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag, die Anfechtung des Beschlusses, die Fortsetzung der Verhandlung nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils über den Grund des Anspruchs, finden die in Bem. Nr. 4 zu § 248 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung.

Bei Anordnung der Verhandlung über den Betrag des Anspruchs vor Rechtskraft des Zwischenurteils über den Grund können sich gleichartige Komplikationen ergeben, wie bei Anordnung der Verhandlung zur Hauptsache, bevor das über prozeßhindernde Einreden ergangene Zwischenurteil rechtskräftig ist. Es finden darauf die in Bem. Nr. 4 zu § 248 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung.

§ 277.

Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist er auf Grund des Verzichts mit dem Anspruche abzuweisen, wenn der Beklagte die Abweisung beantragt.

Mot. S. 219. KPr. S. 98, 99, 543.

1. Gerichtlicher Verzicht ist die im Laufe eines Prozesses von dem Kläger (Widerkläger) bei der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht oder im vorbereitenden Verfahren (§ 313) vor dem beauftr. Richter abgegebene Erklärung, daß er den in der Klage (Widerklage) geltend gemachten Anspruch aufgebe. [Vgl. Planck I S. 300 ff.] „Anspruch" umfaßt hier sowohl das Recht auf Leistung wie auch das Klagerecht, durch welches ein Recht auf Leistung nicht geltend gemacht wird (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136). a) Der nicht bei mündlicher Verhandlung, sondern nur in einem Schriftsatze erklärte Verzicht kommt nur als außergerichtlicher in Betracht. [AM. Planck I S. 302, welcher auch die dem Bekl. zugestellte und bei Gericht hinterlegte schriftliche Verzichtserklärung als gerichtlichen Verzicht behandelt.] b) Der gerichtliche Verzicht ist einseitige Erklärung; Annahme seitens des Gegners ist nicht erforderlich. Der Verzicht ist sofort bindend; er wird nicht erst bindend durch den Urteilsantrag. [AM. v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 331, Demelius Konfessio S. 240; dagegen Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 244 f., Planck I S. 302]. Als einseitige Handlung kann der Verzicht auch in Abwesenheit des Beklagten erfolgen. [Mot. S. 219, alle Komm.

Planck I S. 301, Schollmeyer Zwischenstreit S. 25. AM. v. Canstein a. a. O. S. 330]. c) Verzicht im Sinne des § 277 ist nur der Verzicht auf den durch Klage (Widerklage) rechtshängig gewordenen Anspruch, nicht der Verzicht auf einzelne Angriffsmittel. Der Verzicht im Sinne des § 277 kann sich auf einen von mehreren erhobenen Ansprüchen oder auf einen Teil eines Anspruchs beziehen; dann ist Teilurteil zu erlassen; § 273 Abs. 2 ist nicht anwendbar [Mot. S. 219, Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 131, 141. AM. Endemann II S. 107, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 163 N. 213].

Über den Unterschied zwischen Verzicht und Zurücknahme der Klage s. Bem. Nr. 2 zu § 243.

2. Der Verzicht ist von Amtswegen durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen (§ 146 Nr. 1); die Protokollierung des vor dem Prozeßgericht erklärten Verzichts ist jedoch nicht Bedingung der Wirksamkeit desselben [RG. 15. Juni 1883 Entsch. X Nr. 112 S. 366].

3. Die Befugnis zum gerichtlichen Verzicht kann der prozeßfähigen Partei bzw. dem gesetzlichen Vertreter der nicht prozeßfähigen Partei nicht fehlen (vgl. § 52). — In der normalen Prozeßvollmacht (§ 77) liegt die Verzichtsbefugnis, doch kann die Vollmacht in diesem Punkte beschränkt werden (§ 79).

4. Wirkungen des gerichtlichen Verzichts. a) Auf Antrag des Beklagten ist der Kläger auf Grund des Verzichts mit dem Anspruche abzuweisen. Ohne Antrag wird nicht geurteilt. Wird der Antrag gestellt, so hat das Gericht zunächst zu untersuchen, ob die von Amtswegen zu beachtenden Prozeßvoraussetzungen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 247) gegeben sind; ist hier ein Mangel, so kann trotz dem Verzicht nicht über die Hauptsache sondern nur auf absolutio ab instantia erkannt werden. Besteht aber kein solcher Mangel, so hat das Gericht nur zu prüfen, ob ein gerichtlicher Verzicht vorliegt; ist dies der Fall, so ist ohne weitere Kognition das abweisende Urteil zu erlassen. Dieses Urteil ist Urteil zur Hauptsache; es begründet die exceptio rei iudicatae; aus dem Verzicht kann diese noch nicht hergeleitet werden. Das Urteil ist anfechtbar mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln. Auch für die höhere Instanz behält der Verzicht seine Kraft. Eine Abänderung kann also nur erreicht werden, wenn die Existenz eines gültigen Verzichts mit Erfolg bestritten oder der Verzicht wirksam widerrufen wird. b) Der Verzicht kann nicht beliebig widerrufen werden. Die CPrO. erwähnt einen Widerruf überhaupt nicht. Das hängt damit zusammen, daß der Verzicht nicht bloß prozessualischer Akt ist, sondern auch in das materielle Recht eingreift. Aus dem materiellen Recht ist daher zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen ein Verzicht widerrufen werden kann. Mit Einwilligung des Gegners kann der Verzicht widerrufen werden. Einseitig kann der Verzicht widerrufen werden, wenn ein civilrechtlicher Anfechtungsgrund vorliegt. Als Anfechtungsgründe kommen Bedrohung und Irrtum in Betracht. Die Anfechtung wegen Irrtums ist nach Analogie der condictio indebiti zu beurteilen, setzt also voraus den Nachweis, daß der Anspruch, auf den verzichtet ist, zu Recht bestand, daß der Verzichtende durch den Glauben an die Nichtexistenz des Anspruchs zu dem Verzichte veranlaßt war und daß dieser Glaube auf entschuldbarem Irrtum beruhte. Nach dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, ist Widerruf des Verzichts für die Instanz ausgeschlossen. Ist das Urteil nach § 277 in erster Instanz erlassen, so kann durch Berufung die Möglichkeit, die zur Anfechtung des Verzichts dienlichen Momente vorzubringen, wieder eröffnet werden. Die Voraussetzungen zur Anfechtung des Verzichts sind in der Berufungsinstanz dieselben, wie in der ersten Instanz. In der Revisionsinstanz ist Widerruf des Verzichts nicht mehr möglich.

Welche Wirkungen ein außergerichtlicher Verzicht hat, ob derselbe der Annahme bedarf, unter welchen Voraussetzungen er angefochten werden kann, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen.

5. Der Verzicht mit den in Bem. Nr. 2 erörterten Wirkungen ist ausgeschlossen bei Klagen auf Nichtigkeit einer Ehe (vgl. § 592), sowie bei Klagen auf Anfechtung (§ 605) und auf Aufhebung (§ 620) einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit, weil der Gegenstand der richterlichen Kognition hier der Disposition des Klägers nicht unterliegt. [Vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 422.] In diesen Fällen kann eine Verzichtserklärung nur als Zurücknahme der Klage in Betracht kommen; ihre Zulässigkeit sowie ihre Wirkungen sind nach § 243 zu beurteilen. Vgl. noch Bem. Nr. 4 zu § 295.

6. Über die Prozeßkosten ist nach §§ 87, 88 zu erkennen. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 21—23 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881.

§ 278.

Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Teil an, so ist sie auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurteilen.

Mot. S. 219. KPr. S. 98, 99, 543.

1. Litteratur s. Bem. Nr. 1 zu § 261. — Gerichtliches Anerkenntnis ist die im Laufe des Prozesses von dem Beklagten (Widerbeklagten) bei der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht oder im vorbereitenden Verfahren (§ 313) vor dem beauftr. Richter abgegebene Erklärung, daß er den in der Klage (Widerklage) geltend gemachten Anspruch (in dem in Bem. Nr. 1 zu § 277 erörterten Sinn) nicht bestreite. [Vgl. Planck I S. 320.] Über den Unterschied zwischen Anerkenntnis und Geständnis s. Bem. Nr. 2 litt. f γ zu § 261. a) Das nicht bei der mündlichen Verhandlung sondern nur in einem Schriftsatze erklärte Anerkenntnis ist nicht gerichtliches Anerkenntnis, es kommt nur als außergerichtliches in Betracht. b) Das gerichtliche Anerkenntnis ist einseitige Erklärung; Annahme seitens des Gegners ist nicht erforderlich. Das Anerkenntnis ist sofort bindend; es wird nicht erst bindend durch den Urteilsantrag. [AM. v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 331, vgl. Demelius Konfessio S. 240; dagegen Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 244 f.]. Als einseitige Handlung kann das Anerkenntnis auch in Abwesenheit des Gegners vor sich gehen. [Mot. S. 219, alle Komm., Schollmeyer Zwischenstreit S. 25 N. 1. AM. v. Canstein a. a. O. S. 330.] c) Anerkenntnis im Sinne des § 279 ist nur die Unterwerfung unter den Antrag des Klägers (Widerklägers), nicht die Einräumung einzelner Angriffsmittel. Die Unterwerfung kann eine teilweise sein, das Anerkenntnis kann sich auf einen von mehreren in der Klage geltend gemachten Ansprüchen sowie auf einen Teil eines Anspruchs beziehen; dann muß Teilurteil erlassen werden; § 273 Abs. 2 ist nicht anwendbar [Mot. S. 219, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3 zu § 277, Gaupp II S. 131, 143. AM. Endemann II 107, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 163 N. 213].

2. Das Anerkenntnis ist von Amtswegen durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen (§ 146 Nr. 1); aber die Protokollierung des vor dem Prozeßgericht erklärten Verzichts ist nicht Bedingung der Wirksamkeit desselben. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 277.

3. Die Befugnis zum gerichtlichen Anerkenntnis kann der prozeßfähigen Partei und dem gesetzlichen Vertreter der nicht prozeßfähigen Partei nicht fehlen (vgl. § 52). In der normalen Prozeßvollmacht liegt die Befugnis zum Anerkenntnisse; doch kann die Vollmacht in diesem Punkte beschränkt werden (§ 79).

4. Wirkungen des gerichtlichen Anerkenntnisses. a) Auf Antrag des Klägers ist der Beklagte auf Grund des Anerkenntnisses zu verurteilen. Ohne Antrag wird nicht geurteilt [RG. 2. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 55 S. 193, bay. o. LG. SA. XLI Nr. 304]. Wird der Antrag gestellt, so hat das Gericht zunächst zu untersuchen, ob die von Amtswegen

zu beachtenden Prozeßvoraussetzungen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 247) gegeben sind. Ist hier ein Mangel, so kann trotz dem Anerkenntnis nicht zur Hauptsache, sondern nur auf absolutio ab instantia erkannt werden. Besteht aber kein solcher Mangel, so hat das Gericht nur zu prüfen, ob gerichtliches Anerkenntnis vorliegt; ist dies der Fall, so ist ohne jede weitere Kognition das verurteilende Urteil zu erlassen. Dieses Urteil ist Urteil zur Hauptsache, es begründet die exceptio rei iudicatae; aus dem Anerkenntnis kann diese noch nicht hergeleitet werden. Das Urteil ist anfechtbar mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln. Auch für die höhere Instanz behält das Anerkenntnis seine Kraft. Eine Abänderung kann also nur erreicht werden, wenn die Existenz eines gültigen Anerkenntnisses mit Erfolg bestritten oder das Anerkenntnis mit Erfolg angefochten wird. b) Das Anerkenntnis kann nicht beliebig widerrufen werden. Die CPrO. erwähnt einen Widerruf überhaupt nicht; § 263 ist auf das Anerkenntnis nicht anwendbar, weil Geständnis und Anerkenntnis verschiedene Dinge sind. Aus dem materiellen Recht ist zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen ein gerichtliches Anerkenntnis angefochten werden kann. Mit Einwilligung des Gegners kann das Anerkenntnis widerrufen werden. Einseitig kann das Anerkenntnis widerrufen werden, wenn ein civilrechtlicher Anfechtungsgrund vorliegt. Als Anfechtungsgründe kommen Bedrohung und Irrtum in Betracht. Die Anfechtung wegen Irrtums ist nach Analogie der condictio indebiti promissi zu beurteilen [vgl. Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 254. AM. v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 331, Hellmann Lehrb. S. 266], kann also nur Erfolg haben, wenn von dem Beklagten bewiesen wird, daß der anerkannte Anspruch nicht zu Recht bestand, daß der Anerkennende durch den Glauben an die Existenz des Anspruchs zu dem Anerkenntnis veranlaßt wurde und daß dieser Glaube auf entschuldbarem Irrtum beruhte. Im übrigen gelten für die Anfechtung des gerichtlichen Anerkenntnisses die Sätze, welche in Bem. Nr. 4 litt. b zu § 277 für die Anfechtung des Verzichts entwickelt sind.

Welche Wirkungen ein außergerichtliches Anerkenntnis hat, ob dasselbe der Annahme bedarf, unter welchen Voraussetzungen es angefochten werden kann, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen.

5. In Ehesachen (§ 568) und in Entmündigungsprozessen kommen die Vorschriften über Wirkung des Anerkenntnisses nicht zur Anwendung (§§ 577, 611, 624, 626), weil hier das Offizialprinzip eingreift [vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 378 ff.]; die Parteidisposition kann die richterliche Prüfung des Streitverhältnisses nicht ausschließen. Übrigens ist das Anerkenntnis auch hier nicht schlechthin bedeutungslos; es kann als Beweisgrund bei der Beweiswürdigung in Betracht kommen. Vgl. Bem. Nr. 8 Abs. 1 a. E. zu § 261.

6. Über die Prozeßkosten ist nach §§ 87, 88 zu erkennen. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 21—23 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881.

§ 279.

Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen.

Über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen.

Mot. S. 219, 220. KPr. S. 99—101, 543.

1. In § 279 ist der der Verhandlungsmaxime entsprechende Satz „Ne eat iudex ultra petita partium“ zum Ausdruck gebracht. [Vgl. dazu Planck I S. 435 ff.]

2. Aus Abs. 1 folgt: a) Das Gericht darf einer Partei nicht mehr an Haupt- oder

Nebensache zusprechen, als sie beantragt hat. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der Richter in Zuerkennung von accessorischen Leistungen über den Antrag der Partei hinausgehen dürfe [Wetzell § 43 N. 35], ist sonach, abgesehen von den Prozeßkosten, verneinend entschieden. Die Anrufung des nobile officium iudicis (die sog. clausula salutaris s. RA. v. 1550 § 13, v. 1551 § 32) kann das Erfordernis des Antrags nicht ersetzen. — Wegen der Nebenforderungen vgl. noch § 292. Über die Frage, ob eine Nebenforderung, die nicht mit der Hauptsache geltend gemacht ist, selbständig geltend gemacht werden kann, vgl. Bem. Nr. 6 zu EG. § 14. b) Das Gericht darf einer Partei nichts anderes zusprechen, als sie beantragt hat; doch genügt ein eventueller Antrag. c) Der Kläger als solcher kann nie verurteilt werden. Wird Antrag auf Verurteilung des Klägers gestellt, so wird derselbe Widerbeklagter. Daß bei den sog. doppelseitigen Klagen (iudicia duplicia), d. i. bei den interdicta retinendae possessionis und den Teilungsklagen, eine Verurteilung des Klägers ohne Widerklage erfolgen könne [Wetzell § 5 N. 6], ist schon vom Standpunkt des früheren Prozeßrechts bestritten [vgl. Eck die sog. doppelseitigen Klagen S. 68 f., 141 ff., 150] und für das moderne Recht zu verneinen. [So auch Wilm. Levy N. 1, Petersen S. 474. AM. Struckm. Koch N. 1, Bolgiano S. 317 A. 4a.] Sofern Teilungen und Grenzregulierungen nicht in einem Rechtsstreit zu erledigen sind, gilt § 279 natürlich nicht. d) Auch bei Klagen, welche nicht auf Verurteilung gehen, bilden die Anträge des Klägers die unüberschreitbare Grenze der Kognition und des Urteils [vgl. RG. 24. Juni 1884 Entsch. XIV Nr. 24 S. 104 (in Bezug auf negative Feststellungsklagen); 19. Sept. 1884 SA. XL Nr. 156 (in Bezug auf Klagen in Ehesachen)].

3. Ein Urteil, welches gegen § 279 verstößt, wird rechtskräftig, wenn es nicht mit Berufung oder Revision angefochten wird. Nichtigkeitsklage ist nicht zulässig.

4. Nicht bloß bezüglich der Erlassung einer Entscheidung im Kostenpunkt, sondern auch der Beurteilung der Frage, welcher Partei die Kosten zu überbürden seien, ist das Gericht von einem Antrag der Parteien unabhängig. Darüber, in welchem Urteile über die Prozeßkosten zu erkennen ist, s. Bem. Nr. 4 zu § 87. Enthält das Schlußurteil die Entscheidung im Kostenpunkte nicht, so ist nicht die Aufhebung der Kosten anzunehmen, sondern es kann Ergänzung nach § 292 beantragt werden.

5. Die sog. Kostendistraktion des franz. Rechts (C. de proc. art. 133) ist dem Gesetze fremd. Vgl. jedoch den § 115.

§ 280.

Das Urteil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urteile zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben.

Mot. S. 220. KPr. S. 101, 543.

1. Die Vorschrift des § 280 ist eine Folge der Mündlichkeit (Motive S. 220). Die dem Urteil zu Grund liegende Verhandlung ist die letzte mündliche Verhandlung vor dem Urteil (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 119 und Bem. Nr. 2 zu § 258). Ist einer der Richter dauernd verhindert, an der Urteilsfällung sich zu beteiligen, — z. B. gestorben, abgesetzt, pensioniert, schwer erkrankt —, so bleibt nichts übrig, als die Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142). Wegen Beiziehung von Ergänzungsrichtern s. GVG. § 194. Verletzung des § 280 begründet die Revision (§ 513 Nr. 1) und die Nichtigkeitsklage (§ 542 Nr. 1). — Die Vorschrift gilt auch für Beschlüsse, welche auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen.

2. Die Vorschrift des § 280 bezieht sich nur auf die Fällung, nicht auf die Verkündung des Urteils. Verkündet kann das Urteil von anderen Richtern werden, als den-

jenigen, die der Verhandlung beigewohnt haben (anders das franz. Recht). Allerdings macht erst die Verkündung das Urteil für das Gericht unabänderlich; bis zu diesem Zeitpunkt kann jeder Richter von seinem Votum zurücktreten. Immerhin bleibt die Verkündung doch ein äußerliches Moment; das Urteil kommt als solches mit der Abfassung zu stande und besteht von da ab als ein rechtlicher Akt, dessen Rechtsbeständigkeit und Verkündbarkeit durch das Ausscheiden eines beteiligten Richters nicht alteriert wird. Dafür aber, daß kein anderes als das wirklich beschlossene Urteil publiziert wird, muß die Autorität des publizierenden Gerichts als genügende Bürgschaft gelten (Mot. S. 220. Nordd. Prot. II S. 588, 589). [Vgl. Wach I S. 325 N. 10. AM. Kleinfeller die Funktionen des Vorsitzenden S. 296 ff.]

3. Die Vorschriften über Beratung und Abstimmung s. GVG. §§ 194—199.

§ 281.

Die Verkündung des Urteils erfolgt in dem Termine, in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll.

Mot. S. 220, 221. KPr. S. 101, 102, 543.

1. Jedes Urteil muß verkündet werden; desgleichen jeder auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangene Beschluß. Vor der Verkündung existiert das Urteil für die Parteien nicht (vgl. jedoch Bem. Nr. 2 zu § 280). Die Thatsache der Verkündung kann nur durch das Sitzungsprotokoll (§ 146 Nr. 6) bewiesen werden (§ 150). Die Zustellung ersetzt nicht die Verkündung. Wegen Öffentlichkeit der Verkündung des Urteils s. GVG. § 174 in d. Fass. des RG. v. 5. April 1888, betr. die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen.

2. Regelmäßig wird das Gericht nach dem Schlusse der Verhandlung in Beratung treten und das Ergebnis der Beratung an demselben Terminstage verkünden. Nicht immer ist dies möglich. Dann ist der Termin zur Verkündung sofort anzuberaumen. Er soll nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden. Diese Vorschrift ist instruktionell. Die Hinaussetzung auf längere Zeit bildet keinen Grund zur Anfechtung des Urteils (KPr. S. 101, 102). Auch ist dagegen keine Beschwerde statthaft. Kann in dem angesetzten Termine die Verkündung nicht erfolgen, so ist der Termin von Amtswegen zu verlegen oder die Verkündung zu vertagen (über den Unterschied s. Bem. Nr. 1 zu § 206).

3. Die Vorschrift des § 281 findet auf Beschlüsse, welche auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen, entsprechende Anwendung (§ 294).

§ 282.

Die Verkündung des Urteils erfolgt durch Vorlesung der Urteilsformel. Versäumnisurteile können verkündet werden, auch wenn die Urteilsformel noch nicht schriftlich abgefaßt ist.

Wird die Verkündung der Entscheidungsgründe für angemessen erachtet, so erfolgt sie durch Vorlesung der Gründe oder durch mündliche Mitteilung des wesentlichen Inhalts.

Mot. S. 221. KPr. S. 102, 103, 543.

1. Der Vorsitzende hat die Urteilsformel (§ 284 Nr. 5) vorzulesen (§ 127 Abs. 4). Diese muß also niedergeschrieben sein. Dadurch wird die Übereinstimmung des verkündeten mit dem später in vollständiger Form redigierten Urteil garantiert. Eine Ausnahme ist für Versäumnisurteile gestattet; hier ist eine Differenz zwischen der verkündeten und der später niedergeschriebenen Formel nicht zu befürchten (Mot. S. 221).

2. Die Verkündung der Entscheidungsgründe ist nicht notwendig, sondern hängt vom Ermessen des Vorsitzenden (nicht des Gerichts!) ab. Der Vorsitzende kann die Gründe selbst vorlesen oder durch einen Beisitzer oder Gerichtsschreiber vorlesen lassen; jede Vorlesung setzt Niederschrift voraus. Der Vorsitzende kann auch nur den wesentlichen Inhalt der niedergeschriebenen oder noch nicht niedergeschriebenen Gründe mündlich bekannt geben oder bekannt geben lassen. Daß die mündlich verkündeten Gründe mit den später niedergeschriebenen nicht übereinstimmen, ist kein Anfechtungsgrund; denn die Verkündung der Gründe ist nicht notwendig.

3. In § 294 ist der § 282 nicht erwähnt. Beschlüsse und Verfügungen können daher ohne vorherige Niederschrift verkündet werden.

§ 283.

Die Wirksamkeit der Verkündung eines Urteils ist von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Verkündung gilt auch derjenigen Partei gegenüber als bewirkt, welche den Termin versäumt hat.

Die Befugnis einer Partei, auf Grund eines verkündeten Urteils das Verfahren fortzusetzen oder von dem Urteile in anderer Weise Gebrauch zu machen, ist von der Zustellung an den Gegner nicht abhängig, soweit nicht dieses Gesetz ein anderes bestimmt.

Mot. S. 221, 222. KPr. S. 103, 543, 544.

1. Mot. S. 221: „Die Verkündung geschieht wirksam auch in Abwesenheit einer oder beider Parteien, sofern nicht etwa ein Ruhen des Verfahrens ausdrücklich vereinbart und solches dem Gerichte angezeigt ist. Irgend eine Verkündung und wäre es auch nur die Verkündung eines späteren Verkündungstermins, muß sich an jede mündliche Verhandlung anschließen; es kann deshalb von den Parteien und Anwälten verlangt werden, daß sie die Verkündung abwarten oder andernfalls sich nach dem verkündeten Resultate erkundigen. (Vgl. nordd. Entw. § 347, Motive z. württemb. Entw. Art. 222/3 S. 227, nordd. Prot. II S. 603)."

Auch wenn beide Parteien an dem Verkündungstermin nicht erschienen sind, muß das Urteil verkündet werden. Ohne Verkündung könnte die Konstatierung nach § 286 Abs. 3 nicht erfolgen. — Daraus, daß die Verkündung auch derjenigen Partei gegenüber als bewirkt gilt, welche den Termin versäumt hat, im Zusammenhalt mit § 195 folgt insbesondere, daß es einer Ladung der am Verkündungstermin nicht erschienenen Partei zu den dabei verkündeten Terminen nicht bedarf (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 142 und Bem. Nr. 1 u. 2 zu § 195).

2. Die Bestimmung, daß von der verkündeten Entscheidung schon vor deren Zustellung Gebrauch gemacht werden darf, ist besonders für Verfügungen und Beschlüsse wichtig. Übrigens ist sie auch für Urteile nicht bedeutungslos; es kann z. B. das verkündete Urteil, ohne zugestellt zu sein, benutzt werden, um einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung oder um die Vollstreckbarkeitsklausel zu einem Urteil der früheren Instanz zu erlangen.

3. Die Zustellung der Urteile wird im Gesetze neben der Verkündung gefordert für den Beginn des Laufs der Notfristen (§§ 304, 477, 514), für die Eröffnung der Frist des § 292 Abs. 2 und für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung (§ 671 Abs. 1). Bezüglich des Ausschlußurteils s. § 833. Zustellung des Schiedsspruchs s. § 865.

4. Auf Beschlüsse und Verfügungen findet § 283 entsprechende Anwendung.

§ 284.

Das Urteil enthält:

1) die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung;

2) die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
3) eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand);
4) die Entscheidungsgründe;
5) die von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondernde Urteilsformel.

Bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen.

Mot. S. 222. KPr. S. 103, 543, 544.

1. Die Vorschriften des § 284 gelten für alle Arten von Urteilen — für bedingte und unbedingte, Teil-, Zwischen- und Endurteile, natürlich auch für Versäumnisurteile, dagegen nicht für Beschlüsse und Verfügungen.

2. Zu Nr. 1: Vgl. §§ 121 Nr. 1, 230 Nr. 1. Auch die Nebenparteien sind zu bezeichnen. Die nicht prozeßfähige Partei und ihr gesetzlicher Vertreter sind nebeneinander im Urteil zu bezeichnen, z. B. „In Sachen des A vertreten durch B als Vormund" ꝛc., „In Sachen der Stadtgemeinde X vertreten durch den Bürgermeister C" ꝛc. — Die Bezeichnung des Prozeßbevollmächtigten (s. § 74 Bem. Nr. 3) im Urteil ist zwar nicht wesentlich (KPr. S. 544); aber wegen §§ 162 bis 164 zweckmäßig [Bl. f. RA. XXXXV S. 353 ff.] und reglementarisch angeordnet für Preußen durch Verf. v. 13. Mai 1882 (JMBl. S. 135), Bayern Bek. v. 20. Mai 1882 (JMBl. S. 158), Sachsen V. v. 2. Febr. 1882 (JMBl. S. 4), Elsaß-Lothringen Verf. v. 3. Juni 1882 (Sammlung v. Ges. ꝛc. VII S. 155).

3. Zu Nr. 2: Vgl. §§ 121 Nr. 1, 230 Nr. 1, 280, 286. — Ist das Urteil von anderen Richtern als denjenigen, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, verkündet worden (s. § 280), so sind nur die Namen der bei der Urteilsfällung beteiligten Richter in dem Urteil anzugeben. Die Namen der publizierenden Richter ergeben sich aus dem Sitzungsprotokoll (§§ 145 Nr. 2, 146 Nr. 6).

4. Zu Nr. 3: Litteratur: v. Streich Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 237 ff., Bretschneider Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XXVIII S. 353 ff., Stegemann Mag. f. DR. I S. 165 ff., Möller Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 192 ff., v. Bülow Ztschr. f. d. CPr. IV S. 333 ff., Bünger eod. S. 352 ff., v. Krawel eod. IV S. 242 ff., VI S. 184 ff., Vierhaus eod. V S. 87 ff., Brückner eod. S. 409 ff., Bähr Urteile des RG. S. 207 ff., Rocholl Rechtsfälle I S. 486 ff., Wengler Thatbestand des Civilurteils (1884), Pütter Urteile u. Beschlüsse (1885), Bähr Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 422 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXX S. 111 ff., Wach civilprozess. Enquete Beil. zu Bd. XI der Ztschr. f. d. CPr. S. 134 ff. Vgl. a. Entsch. d. RG. II Nr. 99 S. 371 verb. m. Nr. 38 S. 143 f., Nr. 110 S. 394, Nr. 117 S. 404, Nr. 123 S. 422, III Nr. 20 S. 66 f., IV Nr. 53 S. 185, Nr. 102 S. 368, Nr. 120 S. 418, Nr. 123 S. 428, Nr. 126 S. 431, Nr. 127 S. 433, V Nr. 115 S. 403, VI Nr. 104 S. 350, X Nr. 19 S. 67 ff., Nr. 20 S. 74, Nr. 93 S. 317, XVI Nr. 4 S. 18. Weitere Entsch. d. RG.: SA. XXXVI Nr. 85, 238, 241, XXXVII Nr. 346; Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 1114, XXVI S. 126, 737, 1163, 1164, 1165, XXVIII S. 1143.

Die Abfassung des Urteils ist seinem ganzen Inhalte nach Sache des Gerichts. Das Gesetz hat die Vorschrift des franz. Rechts, welche die Darstellung des Thatbestandes, die An-

fertigung der sog. Qualitäten, im Anwaltsprozesse den Anwälten überläßt, nicht angenommen. — Der Thatbestand des Urteils ist auf Grund der mündlichen Verhandlung zu fertigen. Die Anträge, deren thatsächliche Begründung, die Beweisantretung, die Erklärungen und die Beweisergebnisse sind in den Thatbestand aufzunehmen. Der Thatbestand soll nicht bloß das thatsächliche Vorbringen enthalten, welches für das Urteil nach Auffassung des Gerichts entscheidend ist, sondern auch das Vorbringen, welches von dem Gericht als unerheblich oder doch mit Rücksicht auf anderes Vorbringen nicht als entscheidend erachtet wird. Das von dem Gerichte nicht für erheblich erachtete Material kann möglicher Weise von der höheren Instanz als bedeutsam erachtet werden. Schon wegen der Vorschrift des § 92 Abs. 2 ist es notwendig, im Thatbestand zu konstatieren, welches Vorbringen Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist. Ging einem Endurteil ein Zwischenurteil oder einem unbedingten Endurteil ein bedingtes voran, so braucht der Thatbestand, welcher in dem Zwischenurteil oder in dem bedingten Urteil enthalten ist, in dem Endurteil oder unbedingten Urteil nicht wiederholt zu werden. — Die Darstellung des Sach- und Streitstandes kann durch Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze, soweit dieser Inhalt mit den mündlichen Vorträgen der Parteien übereinstimmt, sowie durch Bezugnahme auf die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen — s. §§ 146 Nr. 2, 269, 270 — vereinfacht werden. Ob im einzelnen Fall eine solche Bezugnahme zweckmäßig ist, muß nach den Umständen beurteilt werden. Keinesfalls darf die Bezugnahme dahin ausarten, daß in dem Urteil der Zusammenhang der Sache oder das Verständnis der Entscheidungsgründe verloren geht. Die bloße Bezugnahme auf die Schriftsätze und die Akten kann die Stelle des Thatbestandes nicht vertreten. [Vgl. RG. Entsch. III Nr. 20 S. 64, IV Nr. 53 S. 189, Nr. 26 S. 431, Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1165 f.] — Rechtsausführungen gehören nicht in den Thatbestand.

Der Mangel eines ordnungsmäßigen Thatbestandes ist Verletzung der Vorschriften über das Verfahren; derselbe kann Berufung (§ 501) und Revision (vgl. Bem. Nr. 8 litt. c zu § 513) begründen. Der Mangel ist von Amtswegen zu beachten [RG. Entsch. II Nr. 117 S. 406]. Nicht ordnungsgemäß ist auch der Thatbestand, in welchem Widersprüche vorkommen [Entsch. X Nr. 19 S. 73].

5. Zu Nr. 4: Die Entscheidungsgründe sollen die Gedankengänge, mittels deren die Richter zu der in der Urteilsformel enthaltenen Entscheidung gelangt sind, erkennbar machen. Unter den Entscheidungsgründen sind nicht bloß die rechtlichen Deduktionen, sondern auch die auf das Sachverhältnis bezüglichen Erwägungen des Gerichts, namentlich die Beweiswürdigung begriffen. In dem Gesetz ist nicht vorgeschrieben, daß die Entscheidungsgründe von dem Thatbestande äußerlich getrennt werden müssen, daher ist nicht ausgeschlossen, daß der Thatbestand mit den Entscheidungsgründen vermengt dargestellt wird. Doch empfiehlt sich, die äußerliche Trennung von Thatbestand und Gründen als Regel festzuhalten [so auch Streich a. a. O. S. 244 ff., Wengler a. a. O. S. 82 ff., RG. Entsch. II Nr. 110 S. 396, Nr. 123 S. 421 f., IV Nr. 120 S. 418, Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 128]. Widersprüche zwischen der Darstellung des Sach- und Streitstandes im Thatbestand und der Darstellung in den Entscheidungsgründen begründen die Revision [RG. Entsch. X Nr. 19 S. 73]. — Der Mangel von Entscheidungsgründen begründet die Revision (§ 513 Nr. 7), aber nicht die Nichtigkeitsklage.

6. Zu Nr. 5: Die Urteilsformel (der Tenor) muß von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich gesondert und als Urteilsformel erkennbar sein. Die Urteilsformel kann dem Thatbestand und den Entscheidungsgründen vorangehen oder nachfolgen.

7. Das Urteil selbst enthält weder das Datum seiner Abfassung noch das Datum seiner Verkündung. Letzteres Datum ist nach § 286 Abs. 3 zu konstatieren.

§ 285.

Der Thatbestand des Urteils liefert rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden.

Mot. S. 22—25, 222. KPr. S. 103, 544.

1. Litteraturangaben s. Bem. Nr. 4 zu § 284. Insbesondere Wengler a. a. O. S. 97 ff.

2. § 285 enthält drei gesetzliche Beweisregeln. Die erste Regel: „der Thatbestand liefert rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis" stimmt mit § 383 überein. Der Thatbestand ist Gerichtszeugnis; als solches liefert er vollen Beweis für die Thatsache, daß die Parteien in der mündlichen Verhandlung vorgebracht haben, was als vorgebracht bezeugt ist, und daß sie nichts anderes vorgebracht haben, als was im Thatbestande bezeugt ist. Der Thatbestand liefert nicht bloß für positives Vorbringen, sondern auch dafür, daß eine Behauptung oder Erklärung seitens der Partei nicht vorgebracht wurde, vollen Beweis, und zwar bedarf es zum Beweise der Unterlassung nicht der ausdrücklichen Konstatierung derselben im Thatbestande. [So auch Wilm. Levy N. 1, Endemann II S. 120, Gaupp II S. 158, Petersen S. 481, A. Förster N. 2 c, Wengler a. a. O. S. 119, v. Bülow Ztschr. f. d. CPr. IV S. 340, RG. 30. April 1881 Entsch. IV Nr. 120 S. 420, OLG. Augsb. Ztschr. f. d. CPr. IV S. 432. AM. Struckm. Koch N. 1, v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 242, Bähr Urt. d. RG. S. 226.] — Dieser durch den Thatbestand rücksichtlich des Parteivorbringens gelieferte Beweis ist aber vor anderem Urkundenbeweis insofern ausgezeichnet — und darin liegt die zweite Beweisregel, als der Beweis dafür, daß die Parteien etwas nicht so vorbrachten, wie es im Thatbestand bezeugt ist, oder etwas vorbrachten, was nicht im Thatbestand bezeugt ist, nur durch das Sitzungsprotokoll geliefert werden kann. Da in das Sitzungsprotokoll nicht alles von den Parteien Vorgebrachte aufzunehmen ist, so kann der Umstand, daß ein in dem Thatbestand konstatiertes Parteivorbringen in dem Sitzungsprotokoll nicht enthalten ist, nicht zur Entkräftung des durch den Thatbestand gelieferten Beweises dienen. Vielmehr kann der durch den Thatbestand gelieferte Beweis nur durch einen positiven, dem positiven oder negativen Inhalt des Thatbestandes widersprechenden Inhalts des Sitzungsprotokolls entkräftet werden. Als zur Widerlegung des Thatbestandes geeigneter Inhalt des Sitzungsprotokolls kommen zunächst die nach § 146 Nr. 1 und 2, 269, 270, 315, 470 erfolgenden Feststellungen, welche nach § 148 den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen sind, in Betracht. Gleichviel ist, ob die Erklärungen durch Aufnahme in das Protokoll selbst oder durch Anlage zum Protokoll festgestellt sind (§ 146 Abs. 3). — Widerspricht der Inhalt des Sitzungsprotokolls dem Inhalt des Thatbestandes, so ist der durch den Thatbestand gelieferte Beweis „entkräftet", d. h. die Beweiskraft des Thatbestandes ist beseitigt. Das Protokoll liefert trotz dem widersprechenden Gerichtszeugnis im Thatbestand vollen Beweis. Darin liegt die dritte Beweisregel; das richterliche Ermessen hat keinen Platz, der Richter muß den Inhalt des Protokolls als vollbeweisend annehmen. Gegenüber dem Protokoll selbst ist Gegenbeweis durch alle Beweismittel zulässig, nur nicht durch den entkräfteten Thatbestand.

Die gesetzlichen Beweisregeln des § 285 sind insbesondere für die höheren Instanzen von Bedeutung. Die Obergerichte müssen, wenn das Sitzungsprotokoll nicht widerspricht, annehmen, daß das mündliche Parteivorbringen in der unteren Instanz so gelautet hat, wie es im Thatbestand berichtet ist, bzw., wenn das Protokoll widerspricht, so, wie es im Protokoll bezeugt ist [RG. 5. Okt. 1880 SA. XXXVI Nr. 238]. Übrigens kommt es zur Anwendung der gesetzlichen Beweisregeln des § 285 nicht, wenn die Thatsache eines im Thatbestand

nicht bezeugten Parteivorbringens oder eines vom Thatbestandsberichte abweichenden Parteivorbringens von dem Gegner zugestanden ist; denn die zugestandene Thatsache bedarf nach § 261 keines Beweises [RG. 30. April 1881 Entsch. IV Nr. 120 S. 421]. — Schreibfehler im Thatbestand des Urteils der unteren Instanz binden das Obergericht nicht, selbst wenn sie nicht im Wege des § 290 berichtigt sind [RG. 10. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 60 S. 210].

3. Der Umstand, daß eine zum Thatbestand gehörige Konstatierung von Parteivorbringen unter die Entscheidungsgründe geraten ist, steht der Anwendung des § 285 auf dieselbe nicht im Wege [RG. 29. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 110 S. 396]. — Der durch den Thatbestand gelieferte Beweis des Parteivorbringens wird nicht dadurch entkräftet, daß im Protokolle bekundet ist, die Parteien hätten die Schriftsätze verlesen, deren Inhalt von dem Thatbestand teilweise abweicht; denn daraus läßt sich nicht ersehen, daß die Parteien bei dem Inhalt dieser Schriftsätze verblieben [so auch Wengler S. 113 f., RG. 26. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 114 S. 402].

4. Nur bezüglich des mündlichen Vorbringens der Parteien gelten die Beschränkungen des Gegenbeweises, nicht bezüglich sonstiger Konstatierungen (z. B. von Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, von Augenscheinsergebnissen), welche mit der Darstellung des Sach- und Streitstandes verbunden sind. Ist das Ergebnis einer Beweisaufnahme dem Gericht von den Parteien vorzutragen (s. § 258 Abs. 2), dann greifen die Regeln des § 285 insofern ein, als es sich um die Thatsache handelt, ob ein Beweisergebnis vorgetragen wurde.

5. Wegen Berichtigung des Thatbestands s. § 291.

§ 286.

Das Urteil ist von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben. Ist ein Richter verhindert, seine Unterschrift beizufügen, so wird dies unter Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung von dem ältesten beisitzenden Richter unter dem Urteile bemerkt.

Ein Urteil, welches bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form abgefaßt war, ist vor Ablauf einer Woche vom Tage der Verkündung an gerechnet in vollständiger Abfassung dem Gerichtsschreiber zu übergeben.

Der Gerichtsschreiber hat auf dem Urteile den Tag der Verkündung zu bemerken und diese Bemerkung zu unterschreiben.

Mot. S. 222, 223. KPr. S. 103, 544.

1. Zu Abs. 1: Erst das vollständig abgefaßte, mit dem Thatbestand und den Entscheidungsgründen versehene, nicht das nach § 282 Abs. 1 möglicherweise von der vollständigen Niederschrift verkündete Urteil ist von den Richtern zu unterschreiben (KPr. S. 103) [OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 263]. Zu unterschreiben haben die Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt, nicht diejenigen, welche das Urteil verkündet haben. Die Unterschrift des Gerichtsschreibers gehört, abgesehen vom Verkündungsvermerke, lediglich unter die Ausfertigungen (vgl. hann. Prot. XV S. 5496 ff., 5499). Das unterschriebene Urteil ist in Urschrift den Akten beizulegen. Das Urteil kann nach § 146 Nr. 5 in das Protokoll aufgenommen werden; dann ist das Protokoll von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben.

Die in der Minorität gebliebenen Richter dürfen weder die Unterschrift verweigern, noch ihrer Unterschrift eine Bemerkung beifügen, aus welcher ihr Dissens hervorgeht (vgl.

KPr. S. 103 und KPr. z. GVG. S. 59 f., 694 f.). Über Separatvota s. Bem. Nr. 5 zu § 271.

Die für den Fall der Verhinderung eines Richters vorgesehene Bemerkung des Vorsitzenden ist nicht bloß bei dauernder sondern auch bei vorübergehender Verhinderung (z. B. durch Krankheit) beizusetzen, falls die Ausfertigung nötig wird, ehe das Hindernis gehoben ist. Es ist möglich, daß mehr als ein Richter und daß alle Richter (bzw. der Einzelrichter) verhindert sind, die Unterschrift beizusetzen. Ein solches Urteil kann mit Rechtsmitteln wegen Verletzung des § 286 Abs. 1 angefochten werden. Nichtig ist es nicht.

2. Zu Abs. 2: Die Frist ist instruktionell. Die Nichteinhaltung beeinträchtigt die Gültigkeit des Urteils nicht. Wenn nach Verkündung der Urteilsformel einer der bei der Entscheidung beteiligten Richter wegfällt, ehe das Urteil durch Thatbestand und Gründe vervollständigt ist, dann ist die Abfassung in vollständiger Form unmöglich. Das verkündete Urteil bleibt ohne Gründe, kann durch Rechtsmittel wegen Verletzung des § 284 Nr. 4 angefochten werden, wird aber mangels der Anfechtung rechtskräftig und unterliegt nicht der Nichtigkeitsklage.

3. Auf Beschlüsse ist § 286 nicht anwendbar. Daher brauchen dieselben nicht von sämtlichen Richtern unterschrieben zu werden [RG. 18. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 112 S. 400].

§ 287.

Der Gerichtsschreiber hat die verkündeten und unterschriebenen Urteile in ein Verzeichnis zu bringen. Das Verzeichnis wird an bestimmten, von dem Vorsitzenden im voraus festzusetzenden Wochentagen mindestens auf die Dauer einer Woche in der Gerichtsschreiberei ausgehängt.

Mot. S. 222. KPr. S. 103—106, 544, 545.

1. Der Vorsitzende jeder Kammer bestimmt einen oder mehrere Wochentage, an welchen das Verzeichnis der von der Kammer erlassenen Urteile ausgehängt wird. Darin sind die seit dem letzten Aushang verkündeten und niedergeschriebenen Urteile unter Angabe der sog. Rubra, d. i. der Parteien und des Streitgegenstandes, nebst dem Datum der Verkündung aufzuführen, nicht der Inhalt des Urteils (KPr. S. 106). Aus dem Verzeichnis können die Parteien entnehmen, daß Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften des Urteils erteilt werden können (§ 288 Abs. 2); mit dem Aushang beginnt die Frist zu Anträgen auf Berichtigung des Thatbestandes (§ 291 Abs. 2).

2. Die Vorschriften des § 287 sind instruktionell. Deren Verletzung hat auf die Gültigkeit des Urteils keinen Einfluß.

§ 288.

Die Zustellung der Urteile erfolgt auf Betreiben der Parteien.

So lange das Urteil nicht verkündet und nicht unterschrieben ist, dürfen Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften desselben nicht erteilt werden.

Die Ausfertigungen und Auszüge der Urteile sind von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

Mot. S. 222. KPr. S. 104, 545.

1. Zu Abs. 1: Wann Zustellung verkündeter Urteile nötig ist, s. Bem. Nr. 3 zu § 283. Die Zustellung erfolgt nach §§ 152 ff. — Urteile, durch welche auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist, sind von Amtswegen zuzustellen (§ 582). In

Entmündigungssachen werden Beschlüsse und Urteile der Vormundschaftsbehörde von Amtswegen mitgeteilt (§§ 603, 615, 619 Abs. 3, 624, 626).

2. Zu Abs. 2: Wegen der Berechtigung, Ausfertigungen, Abschriften und Auszüge des Urteils zu verlangen, s. § 271 nebst Bem. Nr. 1 und 2. Ausfertigungen, Abschriften und Auszüge sind von dem Gerichtsschreiber zu erteilen. Wegen vollstreckbarer Ausfertigungen s. die §§ 662 ff. Abgesehen von den Fällen der §§ 664, 665 hat der Gerichtsschreiber selbständig über Gesuche der Parteien um Erteilung von Ausfertigungen zu befinden.

3. Wegen Zustellung der Verfügungen und Beschlüsse s. § 294.

§ 289.

Das Gericht ist an die Entscheidung, welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurteilen enthalten ist, gebunden.

Mot. S. 29, 30, 223. KPr. S. 104, 545.

1. a) Das Gericht kann die Entscheidung, welche in den von ihm entlassenen bedingten und unbedingten End- (Teil-) und Zwischenurteilen enthalten ist, nicht aufheben oder abändern; das kann nur die höhere Instanz. Die §§ 290—292 setzen keine Ausnahmen; denn die Berichtigung offenbarer Unrichtigkeiten oder des Thatbestandes und die Zusatzentscheidung ist nicht Änderung der Entscheidung. Modifikationen der Regel enthält das Einspruchs- und das Wiederaufnahmeverfahren. Über das Verhältnis eines Zwischenurteils zum Versäumnisurteil s. Bem. Nr. 2 zu § 297.

b) Das Gericht ist aber auch insofern an seine in End- (Teil-) und Zwischenurteilen enthaltenen Entscheidungen gebunden, als es bei der Fortsetzung des Verfahrens in der Instanz und der weiteren Entscheidung die frühere Entscheidung beachten muß. Die bindende Kraft kommt aber bloß der Dispositive des Urteils, nicht den Entscheidungsgründen zu. [Vgl. RG. 8. Febr. 1882 Entsch. VII Nr. 107 S. 225.] Daher kann das Gericht nach Erlassung eines Zwischenurteils über den restigen Prozeßstoff von anderen als den in den Gründen des Zwischenurteils niedergelegten Gesichtspunkten aus die Endentscheidung fällen, so daß das Zwischenurteil unerheblich wird. Solang die im Zwischenurteil enthaltene Feststellung nicht angetastet wird, ist § 289 nicht verletzt. — Über das Verhältnis des Purifikationsurteils zum bedingten Endurteil s. Bem. Nr. 2 zu § 427. Über bedingtes Zwischenurteil s. Bem. Nr. 2 litt. c zu § 426.

c) Weil das Gericht an seine Entscheidung im Urteil gebunden ist, ist eine weitere Verhandlung der Parteien über den durch das Urteil (bedingt oder unbedingt) erledigten Anspruch oder Anspruchsteil oder Prozeßstoff in der Instanz zwecklos, daher unstatthaft.

2. In den Motiven S. 223 heißt es: „Daß umgekehrt Beschlüsse und Verfügungen prozeßleitender Natur für das Gericht keine bindende Kraft haben, ist von dem Entw. — abweichend von neueren Gesetzeswerken (vgl. Bayern Art. 296, Württemberg 384/386, Hann. Entw. § 273, Preuß. Entw. § 364, Nordd. Entw. § 358) — als selbstverständlich weggelassen; für den Beweisbeschluß folgt es aus § 315." Vgl. dazu Bem. Nr. 1 Abs. 4 vor § 272.

§ 290.

Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, welche in dem Urteile vorkommen, sind jederzeit von dem Gerichte auch von Amtswegen zu berichtigen.

Über die Berichtigung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urteil und den Ausfertigungen bemerkt.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 223. KPr. S. 104, 105, 545

1. Litteratur: Boas Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 868 ff. — Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, z. B. Versehen in der Bezeichnung der Parteien oder Richter, in der Angabe der Grundbuchs-, Katasternummer des streitigen Grundstücks u. dgl. sind zu berichtigen, mögen dieselben in der Urteilsformel oder in dem Thatbestand oder in den Entscheidungsgründen vorkommen.

2. Die Berichtigung der bezeichneten Unrichtigkeiten kann in allen Instanzen auf Antrag wie von Amtswegen erfolgen. Der Antrag ist an keine Frist gebunden. Die Berichtigung kann noch beantragt und beschlossen werden, wenn das Urteil rechtskräftig ist. Solange das Urteil nicht rechtskräftig ist, kann die Berichtigung anstatt auf dem kürzeren Wege des Berichtigungsantrags auch auf dem Wege der Berufung oder Revision verfolgt werden. Wer Berufung oder Revision statt des Antrags wählt, riskiert allerdings Überbürdung der Mehrkosten. Für den Antrag auf Berichtigung ist keine Form (kein Schriftsatz) vorgeschrieben. Der Antrag kann insbesondere auch in dem Termin zur Urteilsverkündung mündlich angebracht werden. Dem Gerichte ist überlassen, über den Antrag auf Berichtigung der in § 290 bezeichneten Mängel eine mündliche Verhandlung anzuordnen oder ohne solche zu entscheiden. Die Berichtigung wie die Abweisung des Berichtigungsantrags erfolgt durch Beschluß. Bei diesem Beschluß können auch andere Richter mitwirken, als diejenigen, welche bei dem Urteil mitgewirkt haben (arg. a contr. § 291 Abs. 3). Der Beschluß ist, wenn er nach mündlicher Verhandlung ergeht, zu verkünden, sonst den Parteien von Amtswegen zuzustellen (§ 294). Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf der Urschrift und den Ausfertigungen des Urteils bemerkt. Das Gericht hat dafür zu sorgen, daß die den Parteien ausgehändigten Ausfertigungen vorgelegt und berichtigt werden. Zwangsmaßregeln sind jedoch nicht vorgesehen.

3. Zu Abs. 2: a) Der Beschluß, durch welchen ein Berichtigungsantrag zurückgewiesen wird, ist unanfechtbar. Daß die Partei, welche das Urteil für der Berichtigung bedürftig hält, das Urteil mit Berufung oder Revision anfechten und in der höheren Instanz die Berichtigung verfolgen kann, ist eine Sache für sich. b) Der von Amtswegen oder auf Antrag erlassene Berichtigungsbeschluß ist durch sofortige Beschwerde (§ 540) anfechtbar. Wird die Frist versäumt, so unterliegt der Berichtigungsbeschluß trotz Berufung oder Revision gegen das Endurteil nicht der Beurteilung des höheren Gerichts (§§ 473, 510) [RG. 23. Okt. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 420]; dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß das berichtigte Urteil, d. i. die Unterlage des Beschlusses, in der höheren Instanz abgeändert werde. Gegen das Urteil kann vor und nach der Berichtigung das zulässige Rechtsmittel eingelegt werden; die sofortige Beschwerde gegen den Berichtigungbeschluß ist neben dem Rechtsmittel gegen das Urteil zulässig (KPr. S. 104 f.) und notwendig [vgl. RG. 4. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1090]. Die Fristen der zwei Rechtsmittel sind unabhängig von einander. — Darin, daß das Gericht ein von dem mündlich verkündeten Urteil im Tenor abweichendes Urteil abfaßt und in den Entscheidungsgründen die Abweichung durch einen bei der Verkündung untergelaufenen Rechnungsfehler motiviert, liegt kein mit Beschwerde anfechtbarer Berichtigungsbeschluß [RG. 25. März 1881 Entsch. V Nr. 96 S. 357].

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 10 und Abs. 2; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

5. Ein Erläuterungsverfahren zur Beseitigung von Dunkelheiten oder Widersprüchen in der Urteilsformel kennt das Gesetz nicht (Mot. S. 224 f., KPr. S. 104 f.).

§ 291.

Enthält der Thatbestand des Urteils Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so kann die Berichtigung binnen einer einwöchigen Frist durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage des Aushangs des Verzeichnisses, in welchem das Urteil eingetragen ist.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Berichtigung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Das Gericht entscheidet ohne vorgängige Beweisaufnahme. Bei der Entscheidung wirken nur diejenigen Richter mit, welche bei dem Urteil mitgewirkt haben. Ist ein Richter verhindert, so giebt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden, und bei dessen Verhinderung die Stimme des ältesten Richters den Ausschlag. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urteile und den Ausfertigungen bemerkt.

Die Berichtigung des Thatbestandes hat eine Änderung des übrigen Teils des Urteils nicht zur Folge.

Mot S. 22–25, 223, 224. KPr. S. 105, 106, 545–547.

1. Vgl. die in Bem. Nr. 4 zu § 284 enthaltenen Litteraturangaben und insbesondere Wengler Thatbestand S. 122 ff. — Über „Thatbestand" vgl. Bem. Nr. 4 zu § 284.

2. Die Berichtigung des Thatbestandes kann nicht bloß zu dem Zwecke beantragt und beschlossen werden, um die Übereinstimmung des Thatbestandes mit einem widersprechenden Inhalt des Sitzungsprotokolls und seiner Anlagen herzustellen — in diesem Fall ist die Berichtigung möglich, aber wegen der höheren Beweiskraft des Sitzungsprotokolls von geringem Interesse [vgl. RG. Entsch. XIII Nr. 116 S. 424], sondern hauptsächlich zu dem Zwecke, um solche Unrichtigkeiten, Auslassungen, Dunkelheiten, Widersprüche zu beseitigen, welche durch das Sitzungsprotokoll und seine Anlagen nicht entkräftet werden. Der Berichtigungsantrag ist unabhängig vom Sitzungsprotokoll. In dem Berichtigungsverfahren wird den Parteien der Weg eröffnet, auch wenn sie Konstatierungen zu Protokoll unterlassen haben, nachträglich den wahren Inhalt ihres Vorbringens in den Thatbestand des Urteils hineinzubringen (Mot. S. 224). Die Berichtigung kann am Inhalt des Protokolls und an dessen Beweiskraft (§ 285) nichts ändern. Ist im Berichtigungsverfahren die Thatsache eines mit dem Inhalt des Sitzungsprotokolls unvereinbaren Parteivorbringens durch ein gerichtliches, in mündlicher Verhandlung abgelegtes Geständnis festgestellt, so ergiebt sich für die höhere Instanz folgende Rechtslage: das Geständnis wirkt fort (§ 494), es kommt, solange das Geständnis nicht nach § 263 widerrufen ist, nicht zu einer Beweiswürdigung, folglich auch nicht zur Anwendung des § 285 (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 285).

Die Berichtigung des Thatbestandes kann für das Verfahren in der Instanz bedeutsam sein; sie kann die Ergänzung des Urteils (§ 292) vorbereiten. Die hauptsächliche Bedeutung der Berichtigung aber ergiebt sich bei Anfechtung des Urteils durch Rechtsmittel. Für die höhere Instanz ist der berichtigte Thatbestand maßgebend. Die Konsequenzen zeigen sich bei Anwendung der §§ 92 Abs. 2, 489, 491 Abs. 2, 494, 495.

Die Berichtigung des Thatbestandes zieht keine Abänderung der Urteilsformel und der Entscheidungsgründe durch das Instanzgericht nach sich; selbst dann nicht, wenn die Entscheidungsgründe und die Urteilsformel sich als die Folge des unrichtigen und jetzt berichtigten Thatbestandes darstellen. Die möglicher Weise durch die Berichtigung entstehende Inkongruenz zwischen dem Thatbestand und den Entscheidungsgründen oder der Urteilsformel kann nur im Wege des Rechtsmittels gegen das Urteil oder durch einen Ergänzungsantrag (§ 292) gehoben werden. Übrigens kann sich die Berichtigung auch auf solche zum Thatbestand gehörige Feststellungen beziehen, welche unter den als Entscheidungsgründe bezeichneten Abschnitt des Urteil geraten sind [v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. III S. 461].

3. Das Verfahren: a) Es ist Parteiantrag nötig. Auch die kontumazierte Partei kann den Antrag stellen. Für den Antrag ist eine einwöchige Frist gesetzt, die mit dem Aushang des Urteilsverzeichnisses (§ 287) beginnt. Die Frist ist eine gesetzliche, kann daher durch Vereinbarung, nicht durch das Gericht verlängert werden (§ 202). Restitution findet nicht statt. b) Der Antrag auf Berichtigung muß im Anwaltsprozeß durch Zustellung eines Schriftsatzes, er kann im amtsgerichtlichen Verfahren auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§ 462) gestellt werden. Wesentlicher Inhalt ist der Antrag auf Berichtigung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung. Der Schriftsatz ist zum Zwecke der Terminsbestimmung auf der Gerichtsschreiberei einzureichen, dann dem Gegner unter Einhaltung der Ladungsfrist (§ 194) zuzustellen. c) Über den Berichtigungsantrag wird nach mündlicher Verhandlung durch Beschluß entschieden. Ist die Antragsfrist nicht eingehalten oder die Vorschrift über die Form des Antrags nicht beobachtet, so ist der Antrag als unzuläßig zurückzuweisen. Die Verhandlung erstreckt sich nur auf die in dem Schriftsatze beantragten Berichtigungen. In der mündlichen Verhandlung kann die Berichtigung anderer Punkte nur verlangt werden, wenn die Frist noch nicht abgelaufen oder vom Gegner verlängert ist. — Die Vorschrift, daß das Gericht ohne Beweisaufnahme zu entscheiden habe, beruht darauf, daß die Richter nur eigene Wahrnehmungen festzustellen haben. Daher ist zu erwarten, daß sie, wenn ihnen ein Versehen in der Feststellung dieser Wahrnehmungen vorgehalten wird, dasselbe entweder auf Grund des Protokolls nebst Anlagen oder auf Grund ihrer Erinnerung verbessern können. In Verbindung damit steht die Vorschrift, daß bei der Entscheidung nur die Richter mitwirken, welche bei dem Urteil mitgewirkt haben (§ 280). Ist einer oder sind mehrere dieser Richter verhindert, an der Entscheidung über den Berichtigungsantrag teil zu nehmen, so fassen die übrigen bzw. der übrige Richter den Beschluß, ohne sich auf die vorgeschriebene Richterzahl zu ergänzen. Für den Fall der Stimmengleichheit enthält § 291 Abs. 4 besondere Vorschriften. Sind alle Richter, welche bei dem Urteil mitgewirkt haben, oder ist der Amtsrichter verhindert, über den Berichtigungsantrag zu entscheiden, so ist eine Entscheidung nicht möglich. Das ist dem Antragsteller vom Vorsitzenden der Kammer oder des Senats bzw. von dem nachgerückten Amtsrichter zu eröffnen. d) Ein Versäumnisverfahren im Sinne der §§ 295 ff. kann nicht stattfinden, weil das Gesetz keinen Versäumnisbeschluß kennt. Erscheint nur eine der Parteien, so ist nach Lage der Sache zu beschließen; die §§ 295, 296 aber sind nicht anwendbar. Einspruch findet nicht statt. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 168, Wengler S. 144. Falsch: Kleiner II S. 186.] Erscheint keine Partei, so ruht das Verfahren (§ 228); denn der Termin ist zu einer mündlichen Verhandlung bestimmt, und das Verfahren ist (im Gegensatz zu dem nach § 290) kein Offizialverfahren [so auch Struckm. Koch N. 4. AM. Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 168, Wengler S. 144, Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 472]. e) Wegen Vormerkung des eine Berichtigung aussprechenden Beschlusses auf dem Urteil vgl. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 290.

4. Die Fristen zur Einlegung der Rechtsmittel werden durch das Berichtigungsverfahren nicht berührt. Ist bezüglich desselben Urteils eine Berichtigung des Thatbestandes beantragt und Berufung eingelegt, so geht das Berichtigungsverfahren vor, da das Berufungsgericht durch § 285 gebunden ist, vorbehaltlich des Gegenbeweises durch das Sitzungsprotokoll den Thatbestand des erstinstanziellen Urteils als wahr anzunehmen. Die Berufung oder Revision kann nicht zu einer Berichtigung des Thatbestandes des Urteils der Vorinstanz führen.

5. Die Vorschriften des § 291 finden auf alle Arten von Urteilen und auf die Urteile aller Instanzen Anwendung. — Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 10 und Abs. 2, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 292.

Wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch, oder wenn der Kostenpunkt bei der Entscheidung ganz oder teilweise übergangen ist, so ist auf Antrag das Urteil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.

Die nachträgliche Entscheidung muß binnen einer einwöchigen Frist, welche mit der Zustellung des Urteils beginnt, durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Ergänzung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Die mündliche Verhandlung hat nur den nicht erledigten Teil des Rechtsstreits zum Gegenstande.

Mot. S. 224, 225. KPr. S. 106, 547.

1. Beabsichtigt das Urteil, nur über einen Teil des Streitgegenstandes zu entscheiden, so ist dasselbe ein Teilurteil (§ 273). Es kann aber durch Versehen vorkommen, daß das Urteil mit der Prätension auftritt, den Streit seinem ganzen Umfang nach zu entscheiden, gleichwohl aber über Teile desselben nicht erkennt. Dann ist das Urteil nach § 292 zu ergänzen.

2. Ergänzung kann von jeder Partei beantragt werden: a) wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder gemäß § 291 berichtigten Thatbestande — also nicht bloß nach dem Protokolle — von einer Partei durch Klage, Widerklage oder Antrag nach § 253 geltend gemachter Anspruch — im Sinne von materiellem Recht auf Leistung und von Klagerecht (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136 u. Bem. Nr. 1 zu § 273) — bei der Entscheidung ganz oder teilweise übergangen ist. Bei Übergehung bloßer Angriffs- und Verteidigungsmittel — im Gegensatz zu Ansprüchen — und einredeweise geltend gemachter Ansprüche ist keine Ergänzung möglich. [AM. bezüglich der zur Aufrechnung vorgebrachten Gegenforderung Schollmeyer Komp.Einr. S. 116 f. auf Grund der in Bem. Nr. 5 litt. c a. E. zu § 136 erwähnten Ansicht.] b) Wenn keine oder nur eine unvollständige Entscheidung im Kostenpunkte getroffen ist. Da über die Kosten von Amtswegen zu entscheiden ist, so kann Ergänzung beantragt werden, auch wenn vorher kein Antrag bezüglich der Kosten gestellt war. c) Wenn einer der besonderen in §§ 502 Abs. 2, 562 Abs. 2, 654 vorgesehenen Fälle eintritt.

3. Verfahren. a) Die Ergänzung muß binnen einer einwöchigen Frist, welche mit der Zustellung des unvollständigen Urteils sowohl für die betreibende Partei wie für den Gegner beginnt (§ 198 Abs. 2), beantragt werden. Der Antrag kann vor der Zustellung

gestellt werden (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 304). Die Frist kann durch Vereinbarung, nicht aber auf Antrag verlängert werden (§ 202). Restitution findet nicht statt. b) Der Ergänzungsantrag muß im Anwaltsprozeß durch Zustellung eines Schriftsatzes, er kann im Verfahren vor den Amtsgerichten auch durch Zustellung der zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegebenen Erklärung (§ 462) gestellt werden. Wesentlicher Inhalt ist der Antrag auf Ergänzung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung. Terminsbestimmung s. § 193, Ladungsfrist s. § 194. c) Über den Antrag wird nach mündlicher Verhandlung durch Urteil entschieden. An der Verhandlung und Urteilsfällung können andere Richter teilnehmen, als die bei dem früheren Verfahren beteiligten. Die Verhandlung erstreckt sich nicht auf den erledigten Teil des Rechtsstreits. Die Verhandlung ist wie jede wieder eröffnete Verhandlung dazu bestimmt, das ganze Streitverhältnis bezüglich des übergangenen Streitpunkts darzulegen. Die Parteien können bezüglich dieses Punktes neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen. Es kann sich ein Beweisverfahren bezüglich des übergangenen Punktes entwickeln. Die Bestimmungen über das Versäumnisurteil (§§ 295 ff.) finden Anwendung. d) Sowohl das Urteil, welches den Ergänzungsantrag als unzulässig zurückweist, wie das Ergänzungsurteil zur Sache ist selbständiger Anfechtung im Wege der Berufung und Revision fähig. Die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels beginnt mit der Zustellung der späteren Entscheidung; sie ist unabhängig von der Frist, welche für das Rechtsmittel gegen das frühere Urteil läuft. Eine Besonderheit enthält § 478, welcher im Falle der Erlassung eines Ergänzungsurteils innerhalb der Berufungsfrist mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung den Lauf der Frist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem beginnen läßt. — Betrifft der Ergänzungsantrag nur den Kostenpunkt, so steht § 94 der Anfechtung der Entscheidung im Wege [AM. OLG. Braunschw. SA. XXXVII S. 343 für den Fall der Zurückweisung des Erg.-Antrags].

4. Die Ergänzung eines Urteils kann nicht im Wege der Rechtsmittel erlangt werden (Mot. S. 224) [RG. 24. Jan. 1883 XI Nr. 108 S. 409]. Die höhere Instanz kann nur über die Ansprüche urteilen, welche Gegenstand des Urteils der Vorinstanz waren (vgl. § 499). Ist die Frist versäumt oder der Ergänzungsantrag als unzulässig zurückgewiesen, so hört die Rechtshängigkeit des übergangenen Anspruchs auf; dann kann die Partei den betreffenden Anspruch, sofern derselbe selbständig verfolgt werden kann, im Wege besonderer Klage geltend machen (norbd. Prot. II S. 601). [Vgl. Ruhstrat Arch. f. c. Pr. LXV S. 277 ff., Stein Urk.Proz. S. 217.]

5. In Zusammenhang mit § 292 steht EG. § 14 Nr. 5; derselbe beseitigt den in den Gebieten des gemeinen und preuß. Rechts geltenden Rechtssatz, daß gewisse Nebenansprüche, insbesondere der Anspruch auf Zinsen, als aberkannt gelten, wenn das die Hauptsache entscheidende Urteil über dieselben schweigt. Näheres s. Bem. Nr. 6 zu EG. § 14.

6. Auf Beschlüsse ist § 292 nicht anwendbar [RG. 17. Okt. 1884 SA. XLII Nr. 75].

7. Wegen der Gebühren s. GKG. § 29, Mot. S. 64 dazu und KommBer. S. 73.

§ 293.

Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll.

Mot. S. 225–228. KPr. S. 106–108, 547.

1. Litteratur: Freudenstein d. Rechtskraft nach der RCPrO. (1881), dazu Hellmann KrVJSchr. XXIV S. 574 ff., Klöppel die Einrede d. Rechtskraft (1882), E. Krüger Rechtskraft d. Urteils (1885), Wach Vortr. S. 101 ff., Kroll Klage u. Einrede S. 308 ff., Planck I § 53, Hellmann Lehrb. S. 329 ff., Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 247 ff., Schollmeyer Komp.Einr. S. 117 ff., Windscheid Pand. 6. Aufl. I §§ 129, 130, Dernburg Pand. I § 163, Pr. PrR. I § 137, Eccius (Förster) Pr. PrR. 5. Aufl. I § 55, Herzog Ztschr. f. d. CPr. I S. 416 ff., Fitting eod. II S. 466 ff., Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 514 ff., Zitelmann Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 254 ff., R. Schmidt Klagänderung S. 171 ff.; vgl. a. Bernatzki Rechtsprechung u. mat. Rechtskraft, verwaltungsrechtl. Studien (Wien 1886).

2. Von der formellen Rechtskraft handelt § 645. Formell rechtskräftig ist das Urteil, welches weder durch Einspruch noch durch ein (ordentliches) Rechtsmittel anfechtbar ist. § 293 betrifft die materielle Rechtskraft, d. i. den Einfluß des formell rechtskräftigen Urteils auf die Rechtsverhältnisse der Parteien. § 293 erschöpft aber nicht die Regeln über materielle Rechtskraft; er berührt nicht die Frage, welche Wirkungen sich aus der materiellen Rechtskraft ergeben, sondern bestimmt nur, inwieweit dem Urteil die aus dem materiellen Recht zu entnehmenden Wirkungen der Rechtskraft zukommen. Diese Bestimmung erschien notwendig, weil in dieser Beziehung tief gehende Verschiedenheit der Meinungen in Doktrin und Praxis bestand. Was nach der Absicht der Verfasser der Entwürfe durch § 293 erreicht werden sollte, ergiebt sich aus folgendem Citat aus den Motiven des Entw. III:

„Für das gem. Recht ist nach dem Vorgange v. Savignys (Syst. VI S. 350 ff., 429—443, 451 f.) die Regel aufgestellt: die in den Gründen enthaltenen Elemente des Urteils erwachsen in Rechtskraft; Elemente aber sind diejenigen Bestandteile der Gründe, welche Entscheidungen enthalten. Alles, was der Richter entscheidet, wird rechtskräftig, so daß nicht nur die Entscheidungen über die durch Klage oder durch Widerklage erhobenen Ansprüche, sondern auch diejenigen Entscheidungen die Rechtskraft erlangen, welche über die, den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch bedingenden Rechte (Präjudizialpunkte, Legitimationspunkte, z. B. über das Eigentum des praedium dominans in dem Prozesse über die actio confessoria, über die Erbenqualität des Klägers in dem Prozesse über die vindicatio einer zur Erbschaftsmasse gehörigen Sache, über die Verwandtschaft des Klägers mit dem Beklagten in dem Prozesse über die Klage auf Alimentation, über das Kapital in dem Prozesse über die Klage auf Zinsen, über Einreden, Repliken und Dupliken) erfolgt sind.

Die Richtigkeit dieser, von angesehenen Juristen (vgl. Windscheid Pand. 4. Aufl. I § 130 Nr. 5) auf die Entscheidung über Thatsachen ausgedehnten Formel ist insbesondere von Wetzell § 47 bei N. 94—101 und Unger Syst. d. öst. PrR. II S. 615—649 bekämpft. Unger a. a. O. II S. 639, 640 faßt das Ergebnis seiner Ausführungen dahin zusammen: die Rechtskraft des Urteils reicht so weit, als der Inhalt des Urteils reicht; nach dem wahren vollen Inhalt des Urteils bestimmt sich der mögliche Gegenstand und Umfang der Rechtskraft. Das Urteil enthält einen selbständigen und direkten Ausspruch nur über den konkreten Klaganspruch, also weder über die Klagethatsachen noch über die Präjudizialpunkte. Einen Ausspruch über Recht und Ansprüche des Beklagten kann das Urteil enthalten, wenn und insofern in der Anerkennung des Klagerechts notwendig zugleich eine Aberkennung der Ansprüche des Beklagten liegt; dagegen enthält das Urteil an sich niemals einen selbständigen Ausspruch über die positive Berechtigung des Beklagten. Wetzell (S. 594 der 3. Aufl.) fixiert das Resultat seiner Darstellung dahin: „Die exceptio rei iudicatae kann überhaupt nur gegen Klagrechte begründet sein und durch das Urteil über Klagrechte begründet werden. Auf die Wahrheit oder Unwahrheit einzelner Thatsachen oder Rechtselemente ist der materielle Begriff der Rechtskraft nicht anwendbar."

Zwischen diesen Gegensätzen bewegte sich die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis (vgl. Erk. d. ROHG. v. 31. März 1871, Seuffert Arch. XXV Nr. 278); dagegen herrscht gemeinrechtlich Einverständnis darüber, daß es für die materielle Rechtskraft gleichgültig

sei, an welchem Orte, ob in der Urteilsformel oder in den Entscheidungsgründen, der der Rechtskraft fähige Ausspruch des Richters steht.

Auf die preußische Praxis hat einen maßgebenden Einfluß das Erkenntnis des OTr. v. 16. Okt. 1848 (Entsch. XVII S. 462) gewonnen, nach welchem die Rechtskraft nur der in dem Tenor des Urteil enthaltenen Entscheidung — nur der Entscheidung über die Ansprüche, welche unmittelbar den Gegenstand des Rechtsstreits gebildet haben, sowie über die Präjudizialpunkte, welche abgesondert instruiert sind (vgl. Plen.Entsch. d. OTr. v. 19. Sept. 1845, Erk. dess. v. 5. Juli 1851 u. v. 7. Apr. 1856 bei Gruchot Beitr. VII S. 194, 195) — als dem letzten praktischen Resultate des Urteils und nicht über dessen Bereich hinaus zukommt.

Die französische Doktrin und Praxis machen in Übereinstimmung mit der preußischen Praxis den Eintritt der Rechtskraft davon abhängig, daß der der Rechtskraft fähige Ausspruch in den Tenor (dispositif du jugement) aufgenommen ist, unterscheiden sich dagegen rücksichtlich des Umfangs, in welchem sie die Rechtskraft statuieren. Der Gegenstand und der Umfang der conclusions motivées bestimmen den Gegenstand und den Umfang des dispositif: was in dem dispositif des Urteils »sur des conclusions formelles prises par les parties« entschieden ist, wird als chose jugée betrachtet. Vgl. Aubry et Rau Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae, Ed. III tom. VI § 769 pag. 489, 490.“ . . . . . .

Aus dieser Verschiedenheit der Meinungen folgern die Verf. der Motive die Notwendigkeit einer einheitlichen Regulierung des Umfangs der Rechtskraft der von deutschen Gerichten erlassenen Urteile, verwerfen die v. Savignysche Ansicht und fahren dann fort:

„Das Urteil darf nicht weiter gehen, als die Absicht der Parteien gegangen ist, und darf nicht Folgen erzeugen, deren sich die Parteien im Laufe des Prozesses gar nicht bewußt geworden sind. Die Rücksicht auf den Willen der Parteien, die Rücksicht auf das Richteramt fordern daher eine Beschränkung des Umfangs der Rechtskraft, ähnlich derjenigen Beschränkung, welche Unger und Wetzell für das gemeine Recht, das Obertribunal für das preußische Recht verteidigen, — und diese Rücksichten erscheinen als so überwiegend, daß sich das Gesetz von denselben leiten lassen mußte. Der § 293 Abs. 1 erklärt demgemäß im Anschlusse an den nordd. Entw. § 359 Abs. 1 Urteile der Rechtskraft nur insofern für fähig, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Indem das Gesetz aber gleichzeitig im § 231 die Feststellungsklage sanktionierte, gewann es die Möglichkeit, die Bedenken zu beseitigen, welche von dem durch v. Savigny vertretenen Standpunkte aus gegen die Vorschrift des § 293 Abs. 1 erhoben werden können. Im Anschlusse an die durch Unger a. a. O. II S. 629, 630 N. 22, S. 640 N. 38 angedeuteten Vorschläge und in Übereinstimmung mit dem Geiste des römischen Rechts und der französischen Doktrin und Praxis gestattet es nach dem Vorbilde des nordd. Entw. § 196 jeder Partei durch die im § 253 geregelten Inzidentfeststellungsklagen — dem Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, dem Beklagten durch Erhebung einer Widerklage — über ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teile abhängt, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung zu erwirken, gelangt also auf diesem Wege zu einem Ergebnisse, welches im Wesentlichen dem v. Savignyschen Standpunkte entspricht, nur daß es nicht das *Gesetz*, sondern den *Willen* der Parteien darüber bestimmen läßt, was mit einer über den Bereich des Prozesses hinausreichenden Rechtskraft entschieden werden soll.“

3. *Zu Abs. 1*: a) Der materiellen Rechtskraft fähig sind nur unbedingte *Endurteile* nicht Zwischenurteile.

b) Endurteile sind der materiellen Rechtskraft nur insoweit fähig, *als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist*. Anspruch umfaßt hier, wie in §§ 136, 273, 277, 278, sowohl das Recht auf Leistung, wie auch das Klagerecht, durch welches kein Recht auf Leistung geltend gemacht wird (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136). Ein Anspruch in diesem Sinne kann erhoben werden durch Klage, Widerklage, Erweiterung und Änderung von Klage und Widerklage. Darunter fällt

die Antragstellung nach § 253. Wird der Prozeß durch ein Urteil beendigt, welches über den Anspruch — die Hauptsache, die merita causae, den Streitgegenstand — überhaupt nicht entscheidet, so entbehrt das Urteil der materiellen Rechtskraft. Deshalb ist das Urteil, welches die Klage (Widerklage) aus einem prozeßrechtlichem Grunde, z. B. wegen eines Mangels der allgemeinen Prozeßvoraussetzungen oder wegen Mangels der speziellen Voraussetzungen zur Feststellungsklage (Mangel des rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung) oder wegen Unzulässigkeit der Prozeßart (z. B. des Urkunden-, Wechsel-, Eheprozesses) zurückweist, materieller Rechtskraft nicht fähig. Durch ein derartiges Urteil ist nur entschieden, daß dem Begehren einer Entscheidung über den Streitgegenstand in diesem Prozeß keine Folge zu geben ist. In einem anderen Prozesse kann die gleiche Rechtslage eintreten, aber das zweite Prozeßverhältnis ist nicht „eadem res", nicht „res iudicata". [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 2, Bülow Prozeßeinreden S. 282, Weismann Hauptinterv. S. 90 N. 22, Hellmann Lehrb. S. 340 und Planck I S. 271. AM. Eccius (Förster) Pr. PrR. I § 55 5. Aufl. S. 283, Schultze Privatrecht und Prozeß I S. 346 f. (dagegen L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 202 f.) und Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 64 N. **]. Nicht der Rechtskraft fähig sind Entscheidungen über einzelne Angriffs- und Verteidigungsmittel und über Thatsachen [vgl. RG. 8. Febr. 1882 Entsch. VII Nr. 107 S. 354, 12. Febr. 1884 XI Nr. 99 S. 384 ff., bay. o. LG. SA. XXXIX S. 150]. Eine Ausnahme macht das Urteil über die Echtheit einer Urkunde.

Einzelnes: Wurde zufolge einer Leistungsklage der Beklagte zu einer Leistung verurteilt, so erfaßt die Rechtskraft nur den eingeklagten Anspruch oder Anspruchsteil, nicht auch das unmittelbar zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, geschweige denn ein etwa dafür präjudizielles Rechtsverhältnis, solange nicht Antrag auf Feststellung eines dieser Rechtsverhältnisse gestellt und darüber entschieden ist. Wenn z. B. A 40 ℳ als 4%ige Zinsen pro 1887 aus 1000 ℳ Darlehen eingeklagt hat und B zur Zahlung dieser 40 ℳ Zinsen verurteilt ist, so ist damit weder über das Dahrlehensverhältnis noch über weitere Zinspflicht rechtskräftig entschieden. Klagt A gegen B das Darlehen oder 40 ℳ 4%ige Zinsen pro 1888 ein und B bestreitet das Darlehen oder die Zinspflicht, so kann A sich nicht auf res iudicata berufen. Anders, wenn im ersteren Prozesse bezüglich der Zinspflicht oder des Darlehens Entscheidung nach § 253 beantragt und gegeben wurde. Oder: A hat auf Grund seines Eigentums an der Sache ꝛc. mit a. negatoria gegen B geklagt und dessen Verurteilung erlangt. Später erhebt A gegen B die rei vindicatio. Bestreitet B das Eigentum des A, so kann A das Urteil des früheren Prozesses nicht als res iud. anrufen, es wäre denn in diesem Prozesse die Entscheidung über das Eigentum gemäß § 253 beantragt und gewährt worden. — Wurde eine Leistungsklage als unbegründet abgewiesen, so erfaßt die Rechtskraft nur den eingeklagten Anspruch. Wurde z. B. die oben erwähnte Zinsklage unter Negation des Darlehens oder der Zinspflicht abgewiesen, so kann weder der Darlehensklage noch der Klage auf einen anderen Jahreszins die exc. rei iud. entgegengehalten werden. Wurde die a. neg. abgewiesen, weil der Kläger nicht Eigentümer sei, so kann der gegen den selben Beklagten erhobenen rei vind. nicht die exc. rei iud. entgegengesetzt werden. — Wenn eine Forderung auf vertretbare Sachen als nicht individualisierter Teil einer dem Kläger zustehenden größeren Forderung eingeklagt und die Klage als unbegründet abgewiesen wird, so ist damit rechtskräftig entschieden, daß der Kläger überhaupt keine Forderung aus diesem Rechtsgrund gegen den Beklagten habe. Z. B. Kläger behauptet, daß er fällige 1000 ℳ aus einem Darlehen zu fordern habe, und beantragt den Beklagten einstweilen in 100 zu verurteilen. Das die Klage als unbegründet abweisende Urteil verneint rechtskräftig die Darlehensforderung von 1000. [Vgl. v. Bülow N. 1, Hellmann Komm. II S. 163, Fitting

Ztschr. f. d. CPr. II S. 270 u. Lehrb. § 61 N. 5, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 51, Zitelmann eod. VIII S. 264 ff., Wach Handb. I S. 371, R. Schmidt Klagänderung S. 234 ff., Windscheid Pand. 6. Aufl. I § 130 N. 13. AM. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 4, Petersen S. 495, v. Sarwey I S. 448, Endemann II S. 159, Planck I S. 260 N. 25, Herzog, Schwalbach a. a. O., Dernburg Pr. PrR. I § 137 N. 12 und bei compensando geltend gemachter Forderung. RG. 9. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 87 S. 356.] — Über die Tragweite der im Feststellungsprozeß ergehenden Urteile vgl. Bem. Nr. 10 zu § 231. Die dort entwickelten Sätze finden auf Urteile über Inzidentanträge Anwendung.

c) Die der Rechtskraft fähige Entscheidung soll als Urteilsformel (§ 284 Nr. 5) ausgesprochen werden. In den Entwürfen (nordd. Entw. § 359, Entw. I § 268, II § 278, III § 283) war dem entsprechenden Paragraphen die Bestimmung angefügt: „Die Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urteilsformel aufgenommen ist." Dieser Satz wurde von der JK. d. RT. gestrichen. Aus der Debatte ist zu entnehmen, daß die Kommission beabsichtigte, durch den Abstrich die Rechtskraft auf den von den Entscheidungsgründen äußerlich zu trennenden dispositiven Teil des Urteils — die Urteilsformel — zu beschränken. [Wach Vortr. S. 108 erachtet es für zweifelhaft, ob die Majorität der Kommission diese Absicht hatte. Dagegen bestätigen die Komm.-Mitglieder Struckmann und Gaupp in ihren Kommentaren, daß diese Absicht vorlag.] Eine andere Frage ist, ob diese Absicht der JK. d. RT. durch den Abstrich erreicht ist. Zweifellos ist das nicht. Erwägt man, daß § 293 im wesentlichen die in der preußischen und französischen Praxis herrschend gewordene Theorie über den Umfang der Rechtskraft zum Ausdruck bringen soll (s. d. o. cit. Mot.); daß diese Praxis die Rechtskraft auf die in der Urteilsformel enthaltenen Entscheidungen beschränkte; daß diese formalistische Behandlung im Gesetze nicht mehr wie in den Entwürfen abgelehnt ist; daß ohne Sonderung der der Rechtskraft fähigen Entscheidung von den Entscheidungsgründen es stets mehr oder weniger zweifelhaft bleibt, wie weit das Gericht eine Entscheidung über Ansprüche (in dem oben erörterten Sinn) erlassen wollte — so wird man die vorgetragene Auslegung des Gesetzes ganz abgesehen von der Absicht der JK. d. RT. für gerechtfertigt halten. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 176, Petersen S. 494, Endemann II S. 137, v. Sarwey I S. 447, Hellmann Komm. II S. 162, v. Bülow N. 3, Fitting Lehrb. S. 218, Kroll Klage u. Einr. S. 310, bayr. o. LG. SA. XL Nr. 66. AM. A. Förster N. 3, Wach Vortr. S. 108, Dernburg Pr. PrR. § 137 N. 7, Freudenstein a. a. O. S. 82, Klöppel a. a. O. S. 32, Krüger a. a. O. S. 14 f., Mandry der civilr. Inh. 3. Aufl. S. 252, Hellmann Lehrb. S. 332, Planck I S. 463. Vgl. a. bayr. o. LG. Bl. f. RA. XLIX S. 278]. Natürlich ist zum richtigen Verständnis der in der Urteilsformel enthaltenen Entscheidung die Heranziehung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe notwendig. Nicht die tote Formel sondern der in derselben enthaltene Gedanke, der mit Hülfe der Gründe zu ermitteln ist, ist Träger der Rechtskraft [vgl. Wetzell System S. 596]; aber die Aufnahme der Entscheidung in die Formel ist das äußerliche Kennzeichen der Entscheidung. Hieraus folgt: α) Ist die Entscheidung über einen Teil des Streitgegenstandes in den Gründen statt in dem Tenor gegeben, z. B. es ist ein Teil des erhobenen Anspruchs dem Kläger im Tenor zuerkannt, über den anderen Teil ist im Tenor nichts gesagt, wohl aber geht aus den Gründen hervor, daß der andere Teil aberkannt sein soll; oder: das Gericht verabsäumt, die Entscheidung über ein präjudizielles Rechtsverhältnis, obwohl Antrag nach § 253 gestellt ist, im Tenor zu geben — so haben beide Parteien die Befugnis, die Ergänzung des Urteils durch nachträgliche Aufnahme der Entscheidung in den Tenor gemäß § 292 zu beantragen. Versäumen sie die Frist,

so ist Ergänzung nicht mehr zu erreichen. Die nur in den Gründen enthaltene Entscheidung ist der Rechtskraft unfähig. β) Ist in der Urteilsformel ein Teil des erhobenen Anspruchs zuerkannt, der Rest aber nicht erwähnt und lassen die Entscheidungsgründe die Absicht der Abweisung des Restanspruchs nicht ersehen, so ist der Restanspruch nicht aberkannt, sondern es liegt ein Teilurteil vor [RG. 1. Nov. 1881 Entsch. V Nr. 110 S. 390]. γ) Ist über einen Anspruch oder ein Rechtsverhältnis, bezüglich dessen nicht Klage, Widerklage oder Feststellungsantrag nach § 253 erhoben ist, im Tenor des Urteits entschieden, so liegt eine Verletzung des § 293, nach Umständen auch des § 279, vor, um deren willen Berufung bzw. Revision begründet ist. Sollte aber das Urteil formell rechtskräftig werden, so würde dessen objektive Rechtskraft sich auch auf die unrichtiger Weise in den Tenor gesetzte Entscheidung erstrecken.

4. Zu Abs. 2: Litteratur: Schollmeyer Kompensationseinrede. — Von der Regel des Abs. 1, daß nur die Entscheidung über die durch Klage, Widerklage oder Inzidentantrag (§ 253) zum Gegenstand des Rechtsstreits gewordenen Ansprüche bzw. Rechtsverhältnisse der Rechtskraft fähig sei, enthält Abs. 2 eine Ausnahme bezüglich der mittels Einrede zum Zwecke der Aufrechnung (Kompensation) geltend gemachten Gegenforderung. Diese Ausnahme darf nicht auf andere zur Einrede benützte Ansprüche oder Rechtsverhältnisse (z. B. Retentionsrecht, Pfandrecht, Mietverhältnis &c.) ausgedehnt werden. Die Ausnahme bezieht sich auch nur auf den Fall, daß über die zur Kompensation gestellte Gegenforderung eine Entscheidung gegeben wird. Wird über die Gegenforderung nicht entschieden, sei es weil die Kompensation nach materiellem Recht unzulässig ist oder weil die eingeklagte Forderung aberkannt wird und es daher gar nicht zur Kompensation kommen kann, so liegt bezüglich der Gegenforderung keine der Rechtskraft fähige Entscheidung vor. Ebenso, wenn die in der Berufungsinstanz vorgebrachte Kompensationseinrede wegen Mangels der Voraussetzungen des § 491 Abs. 2 zurückgewiesen wird.

Einzelnes: Wird die Kompensation als zulässig und die Gegenforderung als zu Recht bestehend erkannt, demgemäß im Urteilstenor die eingeklagte Forderung um den Betrag der Gegenforderung gekürzt bzw. abgewiesen, so ist die Entscheidung über die Gegenforderung der Rechtskraft nur fähig pro concurrente summa. Ob ein noch größerer Betrag als der zur Kompensation verwendete zu Recht besteht, darüber kann, ohne daß Widerklage erhoben ist, nicht rechtskräftig entschieden werden. Z. B.: Wird einer begründeten Forderung von 1000 gegenüber eine Gegenforderung von 1500 einredeweise (nicht mit Widerklage!) geltend gemacht und als begründet erkannt, so wird bloß der Betrag von 1000 von der Rechtskraft erfaßt; ob der Beklagte mehr als 1000 zu fordern habe, darüber ist nicht rechtskräftig entschieden. Entsprechend verhält es sich, wenn mehrere individualisierte Gegenforderungen compensando entgegengestellt werden; die Rechtskraft tritt nur ein bezüglich derjenigen Posten und Beträge, die im Urteil zur Kompensation verwendet werden. b) Wird entschieden, daß die compensando geltend gemachte einheitliche Gegenforderung nicht zu Recht bestehe, so ist die Gegenforderung zu ihrem ganzen Betrage rechtskräftig abgewiesen. Die Gründe sind dieselben, welche für die in Bem. Nr. 3 litt. b vorgetragene Ansicht über Aberkennung des eingeklagten Teils einer Forderung sprechen [Litteratur s. Bem. Nr. 3 litt. b, dazu Schollmeyer Komp Einr. S. 117 ff., welcher unterscheidet, ob der Kompensant die ganze Summe einsetzen wolle oder nicht. Nur ersterenfalls erkennt Sch. die Rechtskraft der die Gegenforderung abweisenden Entscheidung für den ganzen Betrag an. Aber liegt denn nicht in dem Kompensationsbegehren stets die successive Nachschiebung aller Teile der Gegenforderung, solange nicht einzelne Teile individualisiert sind?] Entsprechend verhält es sich, wenn mehrere individualisierte Gegenforderungen successive oder im Eventualverhältnis nach einander compensando geltend gemacht und sämtlich aberkannt werden. c) Wird die compensando

geltend gemachte einheitliche Gegenforderung teilweise zu- und teilweise aberkannt, so ergreift die Rechtskraft der aberkennenden Entscheidung den ganzen Mehrbetrag. Entsprechend verhält es sich, wenn mehrere individualisierte Gegenforderungen successive oder im Eventualverhältnis nach einander compensando geltend gemacht und teilweise aberkannt, teilweise zur Kompensation verwendet werden. d) Die Entscheidung über die Kompensationseinrede erfolgt nur implicite im Urteilstenor; ausgeführt wird sie in den Ensćheidungsgründen. [So auch Wilm. Levy N. 4, Petersen S. 495, Schollmeyer a. a. O. S. 128, Mandry der civilrechtliche Inhalt rc. 3. Aufl. S. 252.] Erfolgt die Entscheidung über die Kompensationseinrede in einem Zwischenurteil (§ 275), so tritt gleichwohl die Rechtskraft erst mit dem Endurteil ein. [So auch Schollmeyer a. a. O. S. 127 gegen Wach Vortr. S. 110.]

5. Die Wirkungen der materiellen Rechtskraft sind aus dem bürgerlichen Recht zu beurteilen. Vgl. besonders Wetzell Syst. § 47, Windscheid Pand. I §§ 130—132, Dernburg Pand. I §§ 162, 164. Die exceptio rei iudicatae besteht nur für dieselbe Streitsache (eadem res, eadem quaestio), über welche entschieden ist. Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes und Änderung des thatsächlichen Vorbringens ohne Änderung des Klagegrundes schließt die Einrede nicht aus. Gegenüber einer Klage mit neuem Klagegrund steht die Einrede nicht zu. Die Einrede der abgeurteilten Sache steht nur zu und kann nur entgegengesetzt werden den Parteien und denjenigen Personen, welche nach Eintritt der Rechtshängigkeit Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolger der Parteien geworden oder durch sog. konstitutive Succession Rechte von den Parteien erworben haben, sofern die Rechte des Nachfolgers von denen des Vorgängers abhängen. Nach Pandektenrecht galt das Urteil gegen Rechtsnachfolger nur, wenn die Rechtsnachfolge nach dem Urteil lag. Das ist durch § 236 der CPrO. modifiziert. — Ausnahmsweise erstreckt sich die Rechtskraft auf dritte. Über diese Fälle vgl. Windscheid Pand. I § 132, v. Savigny Syst. VI S. 470 ff., Wetzell Syst. § 47 N. 28—31, ferner die Citate in Bem. Nr. 3 Ziff. III litt. a zu CPrO. § 63 (S. 91).

6. Die Wirkung der Rechtskraft dauert, solange das Urteil rechtskräftig besteht. Wird das Urteil durch Wiederaufnahme (§§ 541 ff.) beseitigt, so ist jene Wirkung zu Ende.

7. Die Vorschriften der CPrO. über die Rechtskraft beziehen sich nicht auf die nach dem früheren Prozeßrecht ergangenen Urteile [RG. Entsch. III Nr. 79 S. 290, V Nr. 91 S. 337, VI Nr. 129 S. 415; OLG. Jena SA. XXXVII Nr. 244]. Über die Rechtskraft ausländischer Urteile s. Bem. Nr. 8 zu § 661.

§ 294.

Die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüsse des Gerichts müssen verkündet werden.

Die Vorschriften der §§ 280, 281 finden auf Beschlüsse des Gerichts, die Vorschriften der §§ 283, 288 auf Beschlüsse des Gerichts und auf Verfügungen des Vorsitzenden sowie eines beauftragten oder ersuchten Richters entsprechende Anwendung.

Nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

Mot. S. 228. KPr. S. 108, 547.

1. Litteratur: H. Meyer die Zustellung der Beschlüsse und Verfügungen (1882), Haarmann Ztschr. f. d. CPr. I S. 149 ff., Petersen eod. VIII S. 418 ff., Voß Arch. f. c. Pr. LXX S. 134 f., Fitting Ztschr. f. d. CPr. X S. 2 ff.

2. Über den Unterschied von Urteilen, Beschlüssen, Verfügungen s. Bem. Nr. 1 vor § 272.

3. Beschlüsse, welche auf Grund einer wenn auch nur fakultativen (s. Bem. Nr. 6 zu § 119) mündlichen Verhandlung ergehen, müssen verkündet werden. Beschlüsse, welche nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen, sind von Amtswegen beiden Parteien in Ausfertigung [RG. 11. Jan. 1881 Entsch. III S. 376] zuzustellen. Letztere Regel erleidet Ausnahmen: a) Der Beschluß nach § 37 ist nur dem Gesuchsteller zuzustellen. b) Die in Bem. Nr. 1 zu § 117 litt. b, c erwähnten Beschlüsse sind nur einer Partei zuzustellen. c) Der Beschluß über das Gesuch um öffentliche Zustellung (§ 187) ist nur dem Gesuchsteller zuzustellen. d) Desgleichen der nachträgliche Beschluß über die Einspruchsfrist (§ 304 Abs. 2); s. Bem. Nr. 3 zu § 304. e) Ebenso ist der Beschluß über das Gesuch um Beweiserhebung z. ew. Gedächtnis nur dem Gesuchsteller zuzustellen; s. Bem. Nr. 1 zu § 451. f) Der Zahlungsbefehl (§ 633) und der Pfändungsbeschluß (§ 730) sind keiner der Parteien von Amtswegen zuzustellen; s. Bem. Nr. 1 zu § 633 und Bem. Nr. 1 litt. d zu § 730. g) Der Beschluß, in welchem ein Arrestbefehl (§ 802) oder eine einstweilige Verfügung (§ 815) erlassen wird, ist von Amtswegen dem Gesuchsteller, nicht dem Gegner, zuzustellen; s. Bem. Nr. 1 Ziff. I Abs. 2 zu §§ 801, 802. h) Der Beschluß, durch welchen ein Gesuch um Arrest oder einstweilige Verfügung zurückgewiesen oder vorgängige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, ist nur dem Gesuchsteller zuzustellen (§§ 802 Abs. 2, 815). i) Auch in anderen Fällen, in denen der Gegner des Gesuchstellers kein Interesse hat, die Zurückweisung eines Gesuches zu erfahren, z. B. bei Zurückweisung eines Gesuchs um Kostenfestsetzung (s. Bem. Nr. 2 zu § 99), eines Gesuchs um Anordnung der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten (§ 160), bei Zurückweisung von Gesuchen im Vollstreckungsverfahren ꝛc. ist nur Zustellung an den Gesuchsteller, nicht an den Gegner, erforderlich. [Vgl. RG. Entsch. XI Nr. 106 S. 404.]

4. Verkündete Verfügungen des Vorsitzenden, des beauftragten oder ersuchten Richters bedürfen nicht der Zustellung. Nicht verkündete Verfügungen sind von Amtswegen beiden Parteien zuzustellen. Ausnahmen: a) Die Terminsbestimmungen auf Parteiantrag (s. Bem. Nr. 4 zu § 193), ferner die Verfügungen nach § 204 Abs. 3, 217 Abs. 2, 221 Abs. 2, 234 Abs. 2 sind nicht von Amtswegen zuzustellen (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 193). b) Verfügungen, durch welche Gesuche abgelehnt werden, sind nur dem Gesuchsteller zuzustellen.

Dritter Titel.

Versäumnisurteil.

Litteratur: H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 305 ff., F. Troll das Versäumnisurteil nach der RCPrO. (München 1887).

1. Dieser Titel handelt von den Folgen totaler Versäumnis eines zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termins und von dem Rechtsbehelfe der säumigen Partei gegen die Folgen totaler Versäumnis. Das System des Gesetzes stimmt weder mit dem früheren gemeinen, noch mit dem französischen, noch mit einem der partikularen Prozeßrechte vollständig überein. Die Grundzüge desselben sind:

a) Versäumnis des Termins zur mündlichen Verhandlung seitens des Klägers hat zur Folge dessen Abweisung mit der Klage. Eine sachliche Prüfung derselben findet nicht statt. Das Urteil hat materielle Rechtskraft (§ 295).

b) Versäumnis des Termins zur mündlichen Verhandlung seitens des Beklagten hat zur Folge, daß die vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Thatsachen

als „zugestanden“ angenommen werden, genauer: daß jene Thatsachen des Beweises nicht bedürfen [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 1 ff., Wach Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VI S. 515 ff., Arch. f. c. Pr. LXII S. 373 ff.], und daß auf Grundlage dieser Thatsachen geurteilt wird (§ 296).

c) Gemäß dem Grundsatz der Einheit mehrerer mündlichen Verhandlungen (s. Bem. Nr. 4 zu § 119) treten die Rechtsfolgen der Versäumnis nicht bloß in dem ersten, sondern in jedem folgenden Termin zur mündlichen Verhandlung ein (§ 297).

d) Als Rechtsbehelf gegen die nachteiligen Folgen gänzlicher Versäumung der Verhandlung gewährt das Gesetz der säumig gewesenen Partei den Einspruch. Mit zwei Ausnahmen (§§ 216 Abs. 2 und 310) ist der Einspruch wider alle Versäumnisurteile (§§ 295, 296, 297, 312, 144, 217, 218, 223, 318, 430, 504, 529, 563, 578, 640, 767) zulässig. Er ist unabhängig von Angabe und Nachweis einer Verhinderungsursache und versetzt den Prozeß in diejenige Lage zurück, in der er sich vor Eintritt der Versäumung befand (§§ 303, 305, 307). Bei Gewährung einer so leichten und umfassenden Abhülfe haben die strengen Folgen der totalen Versäumung und das Versäumnisurteil selbst im Grunde nur eine provisorische Bedeutung. Erst wenn der Einspruch nicht erhoben wird, nehmen sie einen definitiven Charakter an. Ein Erscheinungszwang kann aus den Versäumnisfolgen nicht deduziert werden. (Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 129, wo auch die Litteratur angegeben ist.)

2. Über das Versäumnisverfahren in der Berufungsinstanz s. § 504, in der Revisionsinstanz s. Bem. Nr. 2 zu § 520, im Urkundenprozeß s. Bem. Nr. 1 litt. a, 2 litt. b zu § 560.

§ 295.

Erscheint der Kläger im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.

Mot. S. 228–233. KPr. S. 109, 112, 119–123, 547, 667, 668.

1. Termin zur mündlichen Verhandlung s. § 297. Im Anwaltsprozeß ist die ohne Anwalt zum Termin gekommene Partei nicht erschienen. Wegen des Erscheinens eines von mehreren Streitgenossen s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 58 und Bem. Nr. 3 zu § 59. Wegen des Zeitpunktes, in welchem der Termin versäumt ist, s. Bem. Nr. 2 zu § 197.

2. Der Beklagte kann in Abwesenheit des Klägers einen Mangel der Prozeßvoraussetzungen rügen, also auch die prozeßhindernden Einreden geltend machen, welche, wie die sog. Einreden der durch Prorogation nicht zu hebenden Unzuständigkeit, der Unzulässigkeit des Rechtswegs, der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung, auf Rüge eines Mangels der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte hinauslaufen. Denn das Versäumnisurteil ist ein Urteil zur Sache; ein Urteil zur Sache kann aber nie ergehen, wenn die von Amtswegen zu beachtenden Prozeßvoraussetzungen mangeln. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 5, Petersen S. 504, Wach Vortr. S. 132 ff. u. Beitr. z. Erl. d. DR. XXIV S. 715 f., Fitting Lehrb. S. 229, Bolgiano Handb. S. 440 u. Ztschr. f. d. CPr. V S. 231 ff., Osterloh eod. III S. 61, Birkmeyer eod. VII S. 428, vgl. a. Hellmann Lehrb. S. 623 f. AM. Hellmann Komm. II S. 169, v. Sarwey I S. 452, Gaupp II S. 183 ff., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 335 f. Gaupp operiert mit der m. E. unzulässigen Fiktion eines Verzichts auf das Klagerecht; übrigens kann auch bei Verzicht kein Urteil zur Sache gefällt werden, wenn die von Amtswegen zu berücksichtigenden Prozeßvoraussetzungen fehlen.] Das Urteil, welches die Klage wegen Mangels der Prozeßvoraussetzungen zurückweist (absolutio ab instantia), ist nicht Versäumnisurteil, weil es nicht auf Versäumnisfolge beruht; daher ist es nicht mit Einspruch, sondern mit Berufung oder Revision

anfechtbar. [Vgl. die oben cit. Litteratur. AM. Petersen a. a. O.] Ob der Beklagte in Abwesenheit des Klägers auch Prozeßeinreden vorbringen kann, welche keinen von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkt betreffen, z. B. die Einrede solcher Unzuständigkeit, welche durch Prorogation gehoben werden könnte, oder die Einrede der Rechtshängigkeit oder die Einrede der Kostenkaution, ist zweifelhaft. Daß die absolutio ab inst. vor dem Vers.Urteil auf Abweisung des Klägers die Unanfechtbarkeit durch Einspruch voraus hat, scheint dafür sprechen, dem Beklagten die Wahl zwischen dieser Art von Prozeßerledigung und dem Vers.Urteil zu wahren. Gleichwohl dürfte dem Beklagten die Befugnis, auf Grund einer derartigen Einrede die abs. ab inst. zu beantragen, abzusprechen sein, denn es besteht kein dem § 296 analoges Präjudiz für die zur Begründung der Einrede dienenden Behauptungen und Offizialprüfung findet hier nicht statt.

Der Beklagte kann die Vertagung beantragen. Wird vertagt, so ist der Termin zu verkünden. Neue Ladung des Klägers ist nicht nötig. Dies folgt aus der in Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191 (S. 234) erörterten Regel. Das Gebot neuer Ladung in §§ 300 und 302 ist Ausnahme aus besonderen Gründen (s. Bem. Nr. 3 zu § 300 und Bem. Nr. 2 zu § 302).

3. Beantragt der Beklagte gegen den nicht erschienenen Kläger Versäumnisurteil zur Sache, so hat das Gericht zuvörderst zu untersuchen, ob der Fall der Terminsversäumnis vorliegt (§ 298) und ob nicht die Anwendung des § 300 oder des § 302 veranlaßt ist. Liegt Terminsversäumnis vor und ist weder § 300 noch § 302 anzuwenden, dann hat das Gericht zu prüfen, ob diejenigen Prozeßvoraussetzungen, deren Mangel von Amtswegen zu beachten ist (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 4 und Nr. 11 zu § 247), vorhanden sind. Ist dies nicht der Fall, so hat das Gericht nicht zur Sache, sondern auf absolutio ab instantia zu erkennen. Von diesem Urteil gilt, was bezüglich der abs. ab inst. in Bem. 2 gesagt ist. Über das Verhältnis der abs. ab inst. zu der Zurückweisung des Kontumazialantrags nach § 300 Nr. 1 s. Bem. Nr. 4 zu § 300. Da ein Mangel in der ordnungsmäßigen Zustellung der Klageschrift durch Unterlassung der Rüge seitens des Beklagten gehoben wird (Bem. Nr. 1 zu § 156, Bem. Nr. 6 Abs. 2 zu § 267), so kann das Gericht nicht abs. ab inst. wegen eines vom Beklagten nicht gerügten Mangels der Zustellung aussprechen; wohl aber ist bei solchen Mängeln der Klageschrift, die nicht durch Unterlassung der Rüge gehoben werden können, auf abs. ab inst. zu erkennen. — Wegen entsprechender Anwendung dieser Sätze auf die prozessualischen Voraussetzungen des Einspruchs s. Bem. Nr. 3 zu § 306, der Berufung, Revision s. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 497.

Liegt totale Versäumnis vor, ist weder § 300 noch § 302 anwendbar und abs. ab inst. nicht geboten, dann ist gegen den Kläger Urteil und zwar auf Abweisung des Klägers mit der Klage zu erlassen. Nach dem früheren gemeinen Prozeßrecht wurde bei Ausbleiben des Klägers im ersten Termine der Beklagte von der Instanz und dem Gerichtsstand oder von der Ladung ledig erkannt (KGO. v. 1495 tit. 18, dgl. v. 1523 tit. 6 § 1, dgl. v. 1555 III, 22 §§ 1, 2); zur Sache wurde nicht geurteilt; das Versäumnisurteil begründete nicht die exc. rei iud., es stand neuer Klage nicht im Wege. Anders und zwar für den Beklagten günstiger ist die Versäumniswirkung des neuen Prozeßrechts. Es wird in der Sache selbst und zwar zu Gunsten des Beklagten erkannt; aus dem rechtskräftigen Versäumnisurteil erwächst die exc. rei iudicatae [vgl. RG. 13. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 120 S. 397]. In den Motiven (S. 229) ist davon die Rede, das Gericht müsse auf Antrag des Beklagten annehmen, daß der Kläger seinen Anspruch nicht aufrecht halten wolle. Richtig ist, daß das Urteil lautet wie im Verzichtsfalle (§ 277). Aber von einem Verzicht ist gleichwohl nicht die Rede. Die Rechtsfolge der Abweisung tritt kraft Gesetzes ein, ohne auch nur durch die Fiktion eines Verzichtswillens vermittelt zu sein [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 29, 79, Birk-

meyer eod. LXVI S. 60 ff. und Ztschr. f. d. CPr. VII S. 402 N. 240, Troll Vers.Urt. S. 95]. — Beantragt der Beklagte Vers.Urteil nur bezüglich eines Teils der Klage, so ist demgemäß zu erkennen. Im übrigen tritt Ruhe des Verfahrens ein (§ 228). Ein etwaiges Anerkenntnis des restigen Anspruchs ist zu Protokoll festzustellen (§ 146 Nr. 1). Ein Vers.-Urt. auf Abweisung der Klage „zur Zeit" würde auf der Annahme des Zugeständnisses einer vom Beklagten behaupteten Stundung beruhen. Diese Versäumnisfolge ist gegen den säumigen Kläger nicht vorgesehen. Wäre ein Antrag auf Abw. d. Kl. „zur Zeit" gestellt so würde allerdings kein Vers.Urt. auf Abweisung der Klage zu erlassen sein, denn dazu fehlt der Antrag; aber jener Antrag würde abzuweisen sein. [Vgl. Troll Vers.Urt. S. 94. AM. Bolgiano Handb. S. 430 N. 12a, Ztschr. f. d. CPr. V S. 239.]

4. Die normalen Wirkungen der Versäumnis treten nicht ein bei Klage auf Nichtigkeit einer Ehe (s. § 592) und bei Klagen auf Anfechtung (§ 605) oder Aufhebung (§ 620) einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit, weil der Gegenstand der richterlichen Kognition hier der Disposition des Klägers nicht unterliegt. Sowenig wie durch Verzicht kann der Kläger in diesen Fällen durch Ausbleiben bewirken, daß in der Sache selbst zu Gunsten des Beklagten geurteilt werde. Zwar ist auf Antrag des Beklagten Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß die Klage abgewiesen werde; aber dieses Urteil ist nicht Urteil über die Sache, sondern abs. ab inst. gleich dem Urteil, welches Zurücknahme der Klage ausspricht; es steht also der Erneuerung der Klage nicht als res iudicata entgegen. [Vgl. Struckm. Koch N. 3 zu § 585. AM. einerseits Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 423 ff., welcher in diesen Fällen kein Vers.Urt., andererseits Troll a. a. O. S. 101, welcher Vers.Urt. mit normaler Wirkung zuläßt.]

5. Der Antrag des Beklagten auf Versäumnisurteil ist zwar „Verhandeln zur Hauptsache" im Sinne der §§ 39, 73, 243, 247.*) Aber dem Beklagten ist durch den Antrag die Befugnis nicht abgeschnitten, in einem späteren Termin, auf welchen die Verhandlung gemäß § 300 oder § 302 vertagt wird, oder in der Einspruchsverhandlung prozeßhindernde Einreden, insbesondere auch die Einrede der Unzuständigkeit vorzubringen und auf Grund solcher Einreden oder einer laudatio auctoris (§ 73) die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern; ebenso kann der Kläger trotz jenem Antrag bis zum Vers.Urt. und dann wieder nach Einlegung des Einspruchs die Klage ohne Einwilligung des Beklagten zurücknehmen. Für die Termine vor dem Urteil sind die bezeichneten Befugnisse nicht präkludiert, weil der Antrag auf Vers.Urt. nur für den nichteingetretenen Fall bis zum Urteil fortdauernder Versäumnis gestellt ist. Für die Einspruchsverhandlung aber ist die Präklusion beseitigt, weil der zulässige Einspruch den Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis, d. i. vor dem Antrag, befand (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 307). [Vgl. Struckm. Koch N. 1 zu § 307, Wilm. Levy N. 3 zu § 295, Gaupp II S. 183 f., A. Förster N. 1c zu § 305, Troll Vers.Urt. S. 68 f., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 335. AM. Schneider Arch. f. c. Pr. LIV S. 420 ff., Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 16 f. u. Arch. f. c. Pr. LXVI S. 262, Birkmeyer eod. S. 60 ff., Hellmann Lehrb. S. 648. Unentschieden Wach I S. 509.] Nicht anders ist die Frage zu beurteilen, ob der Bekl., nachdem er bezüglich einer geänderten Klage Vers.Urt. beantragt hat, noch der Klagänderung widersprechen kann [AM. Troll a. a. O. S. 71 N. 1]. Dagegen bewirkt der Antrag auf Vers.Urt. die definitive Präklusion der Befugnis, den Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen (§ 43).

6. Über Anwendung des § 295 auf die Versäumnis des Widerklägers s. Bem. Nr. 1 zu § 312.

---

*) Hiernach ist die in Bem. Nr. 2 Abs. 1 vorgetragene Ausführung (S. 50 Z. 7 v. u.) zu § 39 zu berichtigen.

§ 296.

Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen.

Soweit dasselbe den Klagantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

Mot. S. 228—233. KPr. S. 112—114, 547.

1. Bem. Nr. 1. zu § 295 findet hieher entsprechende Anwendung.

2. Beantragt der Kläger Versäumnisurteil gegen den Beklagten, so hat das Gericht zuvörderst zu untersuchen, ob der Fall der totalen Versäumnis vorliegt (§ 298), und ob nicht die Anwendung des § 300 oder des § 302 veranlaßt ist. Liegt totale Versäumnis vor, und ist weder § 300 noch 302 anwendbar, dann ist zu prüfen, ob die Prozeßvoraussetzungen vorhanden sind, deren Mangel von Amtswegen zu beachten ist (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 4 und Nr. 11 zu § 247). Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so ist auf absolutio ab instantia zu erkennen. [So auch Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 419 N. 286.] Über das Verhältnis des abs. ab inst. zu § 300 Nr. 1 s. Bem. Nr. 4 zu § 300. Das Urteil ist auch gegenüber dem Beklagten nicht Versäumnisurteil, kann daher nur durch Berufung und Revision, nicht durch Einspruch, angefochten werden (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 295). Wegen entsprechender Anwendung dieser Sätze auf die prozessualischen Voraussetzungen des Einspruchs s. Bem. Nr. 3 zu § 306, der Berufung und Revision s. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 497.

Zu den Prozeßvoraussetzungen, deren Mangel von Amtswegen zu beachten ist, gehört die sachliche und örtliche Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Dagegen kann man nicht einwenden, daß die §§ 38 und 39 innerhalb der durch § 40 gezogenen Schranke die Prorogation an ein unzuständiges Gericht gestatten. Denn die Prorogation ist Zuständigkeitsbegründung. Die durch Prorogation begründete Zuständigkeit überhebt das Gericht der Prüfung, ob ohne Prorogation bereits Zuständigkeit vorhanden war, aber nicht der Prüfung der Zuständigkeit. Ist der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen, so tritt *keine Prorogation* aus § 39 ein (Litteratur, Rechtsprechung und abweichende Ansichten s. Bem. Nr. 3 zu § 39). Dieser Zuständigkeitsgrund kommt also, soweit er nicht durch eine vorbehaltlose frühere Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache gegeben ist, bei Versäumnis des Beklagten nicht in Betracht. Folglich hat das Gericht einen Zuständigkeitsmangel nicht bloß insoweit, als für die Klage eine ausschließliche sachliche Zuständigkeit oder ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, sondern allgemein zu beachten und bei Unzuständigkeit die Klage abzuweisen.

Bei Prüfung der Zuständigkeit ergeben sich zwei Fragen: einmal die Frage, ob die Thatsachen wahr sind, auf welche die Zuständigkeit gestützt wird; zweitens die Frage, ob die Zuständigkeit aus diesen Thatsachen resultiert. Es ist sicher, daß das Gericht in Abwesenheit des Beklagten stets die zweite Frage stellen muß; nicht zweifellos aber, wie sich das Gericht gegenüber den zur Begründung der Zuständigkeit vorgebrachten Thatsachen zu verhalten hat. Sind diese Thatsachen dem in § 296 Abs. 1 vorgesehenen Präjudize gemäß als zugestanden anzunehmen, oder ist deren Wahrheit von Amtswegen zu prüfen? Die richtige Ansicht dürfte sein, daß diese Thatsachen, insoweit nicht für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, als zugestanden anzunehmen, daher nicht von Amtswegen auf ihre Wahrheit zu prüfen sind; daß dagegen das fingierte Zugeständnis nicht eintritt und Offizialprüfung der Kompetenz begründenden Thatsachen auf ihre Wahrheit erfolgen muß, insoweit die Klage eine solche ist, für welche ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht. Daß die Fiktion des Zugeständnisses auch auf die vom Kläger behaupteten, die Zuständigkeit betreffenden That-

sachen anzuwenden sei, war im Nordd. Entw. § 432 ausdrücklich gesagt. Dies geschah deswegen, weil der § 431 dieses Entw. die Fiktion nur für die zur Begründung der Klage vorgebrachten Thatsachen aussprach. In den späteren Entwürfen wurde die beschränkende Fassung des § 431 geändert und darum eine dem § 432 entsprechende Bestimmung für überflüssig erachtet [vgl. v. Amsberg Arch. f. c. Pr. LXV S. 70 ff.]. In der JK. d. RT. wurde versucht, die auf die Zuständigkeit bezüglichen Thatsachen von dem Präjudiz des Zugeständnisses auszunehmen. Die Anträge wurden abgelebnt. Aus der Debatte geht hervor, daß die Kommission und die Vertreter der verbündeten Regierungen der Ansicht waren, wenn der Entwurf, wie das geschehen ist, unverändert bleibe, so gelte für die auf die Zuständigkeit bezüglichen Thatsachen das allgemeine Präjudiz. Im Komm.-Bericht S. 12 ist dies noch besonders erwähnt. [Die Äußerung des Kgl. Württemb. Bevollmächtigten KPr. S. 113, welche den Gesichtspunkt der Prorogation heranzieht, ist ein offenbarer, von den Mitgliedern der Kommission auch sofort zurückgewiesener Irrtum, vgl. Gaupp II S. 187, v. Amsberg a. a. O. S. 74.] Es ist daher anzunehmen, daß die Erstreckung des fingierten Zugeständnisses auf jene Thatsachen der Absicht der bei der Gesetzesabfassung beteiligten Faktoren entspricht. Dieses Ergebnis steht aber auch mit der Behandlung, welche die Zuständigkeit im Gesetze gefunden hat, im besten Einklang. Insoweit nicht ein ausschließlicher Gerichtsstand in Frage steht, giebt das Gesetz die Disposition über die Zuständigkeit den Parteien preis (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 39); warum also nicht die Disposition über die Kompetenz begründenden Thatsachen? Andererseits muß die Fiktion des Zugeständnisses eine Ausnahme erleiden, insoweit als dadurch Vorschriften, welche ausschließliche Gerichtsstände anordnen, umgangen werden könnten. Die Befolgung solcher Anordnung liegt im öffentlichen Interesse. Es kann also insoweit kein fingiertes Zugeständnis, sondern es muß Offizialprüfung der zur Begründung des Gerichtsstands vorgebrachten Thatsachen eintreten. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 187, Petersen S. 506, A. Förster N. 2c, v. Amsberg Arch. f. CPr. LXV S. 70 ff., Renaud Ztschr. f. d. CPr. V S. 44, Bolgiano eod. S. 227, Fitting eod. VI S. 319 ff., Just Arch. f. c. CPr. LXVIII S. 306 ff., Hellmann Lehrb. S. 631, Troll Vers.Urt. S. 113 ff., Deybeck der Gerichtsstand der Vereinbarung S. 219 ff., RG. 26. Mai 1880 Entsch. I Nr. 158 S. 443. AM. Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 394, LXIII S. 236 f., welcher die „Zuständigkeit" als zugestanden betrachtet, was mit der im Handb. I S. 507 aufgegebenen Auslegung des § 39 zusammenhängt — andererseits Birkmeyer das gegenseitige Verhältnis ꝛc. S. 70 ff., Ztschr. f. d. CPr. V S. 136 ff., VII S. 407 ff., 488 ff., Kohler KrVJSchr. XXII S. 395 und Arch. f. c. Pr. LXX S. 241 ff., welche die Geständnisfiktion bei den Kompetenzthatsachen ausschließen. Da diese Schriftsteller zugeben, daß das Gericht nur bei offenbar unwahren Kompetenzbehauptungen die Zuständigkeit ablehnen wird, so ergiebt sich praktisch keine bedeutende Differenz.]

Liegt totale Versäumnis vor, ist weder § 300 noch § 302 anwendbar und muß nicht absolutio ab instantia erfolgen, so ist Urteil über den Anspruch selbst zu erlassen. Das Urteil ist zu fällen auf Grund der Thatsachen, welche von dem Kläger dem nichterschienenen Beklagten mittels Schriftsatzes rechtzeitig mitgeteilt und von dem erschienenen Kläger mündlich vorgetragen sind. Diese Thatsachen sind nach der Ausdrucksweise des Gesetzes als zugestanden anzunehmen, richtiger: sie sind, weil nicht bestritten, als des Beweises nicht bedürftige zu behandeln [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 27 ff., Birkmeyer eod. LXVI S. 24 f.]. Gleich den Thatsachen sind auch gemeinverständliche Rechtsverhältnisse, welche zur Begründung des Anspruchs behauptet sind, dem Präjudize des Zugeständnisses unterworfen. Hat z. B. der Kläger Eigentum oder ein Servitutenrecht oder einen Kaufvertrag behauptet, so sind diese Behauptungen als zugestanden zu erachten [Petersen Ztschr. f. d. CPr. III S. 427 ff. und

Komm. S. 506, Troll a. a. O. S. 103 f. AM. Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. V S. 227]. Was dem Richter zu thun übrig bleibt, ist die Prüfung, ob die betreffenden Thatsachen den Antrag des Klägers rechtfertigen. [Speziell über die Prüfung der Höhe des Schadens bei Klage auf Schadensersatz vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1 ff.] Ist der Antrag vollständig gerechtfertigt, so ist nach dem Antrage des Klägers zu erkennen; ist er nur teilweise gerechtfertigt, so ist die Klage zum Teil abzuweisen, zum andern Teil ist nach dem Antrag zu erkennen; ist er ganz ungerechtfertigt, so ist die Klage ganz abzuweisen. Das abweisende Urteil ist nicht Versäumnisurteil. Dem Kläger steht unter den allgemeinen Voraussetzungen Berufung und Revision dagegen zu. Vgl. dazu Bem. Nr. 1 a. E. zu § 474.

3. Der Kläger kann, soweit mehrere Ansprüche erhoben sind oder ein erhobener Anspruch teilbar ist, teilweise Vers.Urt. beantragen. Der Kläger kann auch außer den Fällen der §§ 300, 302 Vertagung beantragen. Wird aus anderen als den in §§ 300, 302 vorgesehenen Gründen vertagt, so ist keine neue Ladung des Beklagten nötig. Der Termin wird nur verkündet (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 295).

4. Über Unzulässigkeit der Klagänderung beim Ausbleiben des Beklagten s. Nr. 3 zu § 241. In Abwesenheit des Beklagten kann der Kläger keine Präjudizialinzidentklage erheben (s. Bem. Nr. 4 litt. d zu § 253). Zu einem Versäumnisurteil in Bezug auf eine Inzidentklage kann es daher nur kommen, wenn eine solche Klage in früherer kontradiktorischer Verhandlung erhoben war.

5. Über Anwendung des § 296 auf Versäumnis des Widerklägers s. Bem. Nr. 1 zu § 312.

6. Die Versäumnisfolgen des § 296 cessieren in Ehe- und Entmündigungsprozessen (§§ 578, 611, 626).

§ 297.

Als Verhandlungstermine im Sinne der vorstehenden Paragraphen sind auch diejenigen Termine anzusehen, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist, oder welche zur Fortsetzung derselben vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses bestimmt sind.

Mot. S. 228—233. KPr. S. 114, 547.

1. § 297 ist eine Folge des zu § 119 Bem. Nr. 4 erörterten Grundsatzes der Einheit aller mündlichen Verhandlungen. Da die letzte mündliche Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, die prinzipiell maßgebende ist, so treten die Folgen der Versäumnis gegen den Kläger und gegen den Beklagten ganz gleichmäßig in jedem Termine zur mündlichen Verhandlung ein. Anders das franz. Recht und die bayer PrO. v. 1869, wonach durch Verlesen der conclusions motivées die Verhandlung kontradiktorisch wird; anders Hann. PrO. §§ 239, 367—370, Hann. Entw. §§ 274—276, 305, Nordd. Entw. §§ 430—439, 450—454, welche ein eigentliches Versäumnisurteil nur bis zum Erlaß des Beweisurteils oder Beweisbeschlusses zulassen.

2. In der späteren mündlichen Verhandlung sind die Versäumnisfolgen zu verwirklichen, ohne Rücksicht auf den Inhalt der früheren kontradiktorischen Verhandlung, insbesondere ohne Rücksicht auf gerichtliche Geständnisse, ohne Rücksicht auf vorangegangene Beweisbeschlüsse und Beweisaufnahmen. Zwischenurteile, welche das Beweisverfahren betreffen, werden ganz ignoriert, ebenso das Zwischenurteil, welches ein materiellrechtliches Verteidigungsmittel des Beklagten für begründet oder für unbegründet erklärt, weil im Versäumnisfalle weder die Beweisaufnahme noch die Verteidigung des Beklagten bedeutsam ist. Andere Zwischenurteile behalten auch in dem Verfahren, in welchem auf Grund der Verhandlung einer

Partei geurteilt wird, eine gewisse Bedeutung; das Gericht ist daran nicht weniger gebunden, als bei zweiseitiger Verhandlung. Sie werden nur für den Fall, daß es zu einem Versäumnisurteil kommt, bedeutungslos. (Die Motive S. 29 sagen: „Sie kommen folgeweise in Wegfall".) Jene Gebundenheit zeigt sich in Folgendem. Hat z. B. das Gericht durch Zwischenurteil die Rechtsnachfolge gemäß § 217 festgestellt, so kann es nicht im Urteil nach einseitiger Verhandlung den Eintritt der Rechtsnachfolge verneinen. Hat das Gericht durch Zwischenurteil die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs oder den Einwand der Unzulässigkeit des Einspruchs oder des Rechtsmittels verworfen, so kann es nicht auf Grund einseitiger Verhandlung die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, den Einspruch oder das Rechtsmittel wegen Unzulässigkeit zurückweisen. Hat das Gericht durch Zwischenurteil einen von mehreren Klagegründen vorbehaltlich der Entscheidung über ein selbständiges Verteidigungsmittel als gerechtfertigt erklärt, so kann beim Ausbleiben des Beklagten bezüglich dieses Klagegrundes nicht auf Abweisung nach § 296 Abs. 2 erkannt werden. Dies steht aber alles mit dem Satze, daß Zwischenurteile gegenüber dem Versäumnisurteile bedeutungslos werden, nicht im Widerspruch; denn die dem Zwischenurteil widersprechenden Urteile — das Urteil auf Abweisung der Klage wegen Nichtvorhandenseins der Rechtsnachfolge, das Urteil auf Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs oder auf Zurückweisnng des Einspruchs oder des Rechtsmittels wegen Unzulässigkeit, das Urteil auf Abweisung der Klage nach § 296 Abs. 2 — wären keine Versäumnisurteile, weil sie nicht auf Veräumnisfolge beruhten. Daß aber für Nicht-Versäumnisurteile der § 289 gilt, ist außer Zweifel. [Vgl. hierzu Troll Vers.Urt. S. 24 ff., 131 f., 189 f., 248 f. Ganz verfehlt ist die Ansicht von Hellmann Lehrb. S. 615 f., wonach nach Erlaß eines Zwischenurteils ein Versäumnisverfahren überhaupt ausgeschlossen sein soll. Dagegen Troll a. a. O. S. 26.] — Ist zulässiger und ordnungsmäßiger Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt, so tritt die Bedeutung sämtlicher Zwischenurteile wieder hervor (vgl. § 307).

Nachdem ein bedingtes Endurteil (§§ 426, 427 Abs. 2) erlassen ist, ist ein Versäumnisurteil nach §§ 295 oder 296 nicht mehr möglich. Das bedingte Endurteil tritt nicht bloß seiner Form, sondern seinem Inhalt nach in scharfen Gegensatz zu der Beweisanordnung. Es darf nicht als eine sich bloß durch die selbständige Appellabilitit und Revisibilität von anderen Beweisanordnungen unterscheidende Beweisanordnung betrachtet werden, sondern ist wie in dem früheren preuß. Prozeßrecht (AGO. I 13 § 39, cf. I 10 § 377), dem es nachgebildet ist, eine nur noch der Erledigung der Bedingung harrende Definitivsentenz. Das bedingte Endurteil macht das Zurückgreifen auf den durch dasselbe bedingt erledigten Streitgegenstand ebenso unmöglich, wie das unbedingte Endurteil. Es kann in dieser Wirkung verglichen werden mit dem nach röm. Recht zulässigen Schiedseidvertrage. — Eine Stütze erhält diese aus der Natur und dem Wesen des Eidesurteils begründete Ansicht auch durch die Fassung des § 297. Hier ist ausdrücklich gesagt, daß als Verhandlungstermin im Sinne der §§ 295, 296 auch die Fortsetzungstermine nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses zu betrachten sind. Arg. a contr. ergiebt sich, daß die Termine nach dem bedingten Endurteil **nicht** Verhandlungstermine im Sinne der §§ 295, 296 sind. [So auch Struckm. Koch N. 2 zu § 427, N. 3 Abs. 2 zu § 430 u. Mag. f. DR. III S. 320, Wilm. Levy N. 2 Abs. 2 zu § 427, Kleiner II S. 440, Wach Vortr. S. 128 f., Fitting Lehrb. § 56 N. 37, Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 233 N. 6, Boas eod. XXV S. 377 ff. (welcher jedoch irrtümlich gar keine mündl. Verh. für nötig hält), Jastrow eod. XXVII S. 709 ff., 777 ff., Barkhausen eod. S. 815 ff., Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 108 ff., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 324 f., Birkmeyer Rechtsf. S. 56 ff., Troll Vers.Urt. S. 22, Hellmann Lehrb. S. 617, RG. 13. Jan. 1885 Entsch. XIV Nr. 97 S. 344. AM. Gaupp II

S. 407 und (wie es scheint) Hellmann Komm. II S. 342 IV 6.] Die Konsequenzen des aufgestellten Satzes zeigen sich in dem Verfahren nach der Leistung oder Verweigerung eines durch bedingtes Urteil auferlegten Eides (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 427), in dem Verfahren bei Ausbleiben des Schwurpflichtigen oder seines Gegners im Schwurtermine (vgl. Bem. Nr. 3 Ziff. I zu § 430), in dem Verfahren über den Widerruf der Zuschiebung oder Zurückschiebung eines durch bedingtes Endurteil auferlegten Eides (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 432), in dem Verfahren über die nach § 433 eintretende Inzidentrestitution gegenüber einem bedingten Urteil (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 u. 4 zu § 433).

3. Auf die späteren mündlichen Verhandlungen finden die §§ 300 und 302 entsprechende Anwendung (KPr. S. 114).

4. In dem Termine, welcher zur Beweisaufnahme und zur mündlichen Verhandlung bestimmt ist, kann Versäumnisurteil erst nach Erledigung der Beweisaufnahme beantragt werden (vgl. die Bem. Nr. 1 zu § 332 und Bem. Nr. 1 zu § 335).

5. Auf das Versäumnisverfahren in der Berufungs- und Revisionsinstanz findet § 297 entsprechende Anwendung.

§ 298.

Als nicht erschienen ist auch diejenige Partei anzusehen, welche in dem Termine zwar erscheint, aber nicht verhandelt.

Mot. S. 232, 233. KPr. S. 114, 115, 547.

1. Litteratur: Planck I S. 420, Hellm. Lehrb. S. 415 f., Troll Vers.Urt. S. 30 ff., Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 17 ff., Birkmeyer Rechtsfälle S. 103 ff., Obermeyer Bl. f. RA. XLVI S. 372 ff., L. Seuffert Kr.VJSchr. XXVII S. 501 ff., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 322 ff. Vgl. a. RG. 17. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 120 S. 386 ff.

2. Verhandlung ist die seitens der Partei dem Gerichte vorgetragene Erörterung des Rechtsstreits nach seiner thatsächlichen und rechtlichen Seite. Innerhalb der Verhandlung liegt die Antragstellung; sie bildet einen Bestandteil der Verhandlung [vgl. Obermeyer, L. Seuffert, Planck, Troll, RG. a. a. O. S. 389. AM. Birkmeyer a. a. O. S. 136 ff.], ohne mit Verhandlung identisch zu sein. Die Erörterung des Rechtsstreits kann mehr oder minder vollständig sein; auch die minder vollständige Erörterung ist Verhandlung, wenn nur aus dem Vortrage des Partei ersichtlich ist, wie die Partei den, den Gegenstand der Verhandlung bildenden Rechtsstreit entschieden haben will und warum sie diese Entscheidung verlangt. Ob das Vorbringen der Partei in einem konkreten Fall den Begriff „Verhandlung" ausfüllt, ist quaestio facti ; der Begriff der Verhandlung ist aber kein thatsächlicher, sondern ein Rechtsbegriff. [In diesem Sinne ist die Äußerung in den Mot. S. 232 „Ob eine Partei in totum nicht verhandelt hat, ist quaestio facti" zu verstehen; vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 136, L. Seuffert a. a. O. S. 506.] Die pure Antragstellung ohne jegliche Begründung füllt jedenfalls den Begriff der Verhandlung noch nicht aus; dies gilt für Anträge sowohl des Klägers (Berufungs-, Revisionsklägers) wie des Beklagten (Berufungs-, Revisionsbeklagten). Nach Vortrag der puren Anträge ist daher noch Versäumnisurteil möglich [Wilm. Levy N. 1, Birkmeyer, L. Seuffert, Hellmann a. a. O., RG. a. a. O. S. 391; vgl. a. hann. Prot. V S. 1695 ff., 1733 f.]. Sowie aber mit der Antragstellung eine wenn auch nur ganz generell gehaltene Begründung verbunden ist, entsteht die Frage, ob dieselbe als Verhandlung genügt oder nicht. [RG. a. a. O. S. 392.] Aus dem Vorstehenden erhellt, daß ein Vertagungsantrag nicht Verhandlung ist; daher ist, wenn eine Partei nach Ablehnung eines solchen Antrags nicht verhandelt, Antrag auf Versäumnisurteil gegen sie noch möglich. [Vgl. Pfizer a. a. O. S. 23.]

Beschränkt sich der Beklagte (Widerbeklagte), der Gegner dessen, der Einspruch erhebt, der Berufungs-, Revisionsbeklagte auf prozessualische Verteidigungsbehelfe (z. B. Beanstandung der Klagerhebung, der Zulässigkeit des Einspruchs, der Berufung, Revision), ohne sich eventuell auf die Sache selbst einzulassen, so verhandelt er nicht zur Hauptsache; daher ist, wenn die prozessualische Verteidigung sich als unbegründet herausstellt, auf Antrag des Gegners Versäumnisurteil zur Hauptsache zu erlassen. Hiervon giebt es zwei Ausnahmen: a) Nach § 73 kann der Beklagte im Falle rechtzeitiger laudatio auctoris bis zur Erklärung des Benannten oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem der Benannte sich zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern; er kann also nicht kontumaziert werden. b) Nach § 248 kann der Beklagte, welcher prozeßhindernde Einreden im Sinne des § 247 (dazu HGB. Art. 223 in neuer Fassung) vorbringt, die Einlassung zur Hauptsache verweigern. In diesem Falle riskiert also der Beklagte bei Unterlassung der eventuellen Verhandlung zur Hauptsache kein Versäumnisurteil. Die Ausnahme cessiert, insoweit das Gesetz dem Beklagten die Befugnis, wegen prozeßhindernder Einreden die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern, nicht gewährt — vgl. Bem. Nr. 6 zu § 248. In diesen Fällen gilt, sofern nicht eine Beschränkung der Verhandlung angeordnet wird (ad c), die Regel, d. i. die Möglichkeit des Versäumnisurteils gegen die zur Hauptsache nicht verhandelnde Partei. [Vgl. Wach Vortr. S. 119, Obermeyer a. a. O. S. 375 ff., Troll a. a. O. S. 36, ähnlich Pfizer a. a. O. S. 19 ff. Dagegen nehmen Wilm. Levy N. 1 zu § 298, v. Sarwey I S. 456 f., Gaupp II S. 191 f., Petersen S. 501 an, daß partielle Versäumnis vorliege, also kontradiktorisches Urteil zu erlassen sei, wenn der Beklagte zur Verweigerung der Einlassung nicht befugt und ein Beschränkungsbeschluß des Gerichts nicht erlassen ist.] c) Nach § 137 kann das Gericht die Verhandlung auf einen prozessualischen Streitpunkt beschränken. Erläßt das Gericht solche Anordnung, so ist eine Verhandlung zur Hauptsache vor Erledigung des den Gegenstand der beschränkten Verhandlung bildenden Streitpunktes bzw. vor Zurücknahme jener Anordnung gar nicht möglich; ehe die Verhandlung zur Hauptsache möglich ist, kann das Nichtverhandeln keine Versäumnisfolgen nach sich ziehen.

3. Darüber, ob Verhandeln vorliegt oder nicht, können sich Meinungsverschiedenheiten ergeben. Stellt eine Partei Antrag auf Versäumnisurteil unter der Annahme, der Gegner habe nicht verhandelt, und das Gericht ist der Ansicht, daß keine totale Versäumnis vorliegt, so ist der Antrag durch Beschluß zurückzuweisen. Dagegen ist Beschwerde nach § 301 zulässig. Ein kontradiktorisches Urteil ohne einen wenigstens eventuell darauf gerichteten Parteiantrag würde gegen § 279 verstoßen. Natürlich kann sich die Partei der Ansicht des Gerichts akkomodieren und kontradiktorisches Urteil nach Verkündung jenes Beschlusses verlangen. — Ebenso ist ein Antrag auf kontradiktorisches Urteil zurückzuweisen, wenn das Gericht der Ansicht ist, daß Versäumnis vorliege. Ein Versäumnisurteil kann auf solchen Antrag nicht erlassen werden, weil der Antrag darauf fehlt [vgl. Gaupp II S. 192, Troll a. a. O. S. 64 f.]. Gegen ein derartiges Versäumnisurteil könnte der Antragsteller Berufung aus dem Grunde einlegen, weil nicht kontradiktorisch geurteilt ist.

4. Entfernt sich eine Partei freiwillig nach Beginn der Verhandlung, so steht die Sache genau so, wie wenn sie anwesend bleibt, aber nicht weiter verhandelt. Über Untersagung weiteren Vortrags und Entfernung einer Partei durch Gerichtsbeschluß s. §§ 143, 144.

§ 299.

Wenn eine Partei in dem Termine verhandelt, sich jedoch über That-

sachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen nicht erklärt, so finden die Vorschriften dieses Titels keine Anwendung.

Mot. S. 232—234. KPr. S. 115, 547.

Die Folgen des Nichterklärens über Thatsachen, Urkunden, Eideszuschiebungen s. § 129, 392, 404, 417. Vgl. a. Bem. Nr. 2 zu § 208. Diese Folgen werden nicht durch Versäumnis-, sondern in dem kontradiktorischen Urteil realisiert. Gegen die Folgen partieller Versäumung ist kein Einspruch möglich. Diese Sätze ergeben sich schon aus § 208 vgl. mit § 298.

§ 300.

Der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils ist zurückzuweisen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen:

1) wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;
2) wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war;
3) wenn der nicht erschienenen Partei ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war.

Wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden.

Mot. S. 232. 233. KPr. S. 113, 114, 547.

1. Die Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil erfolgt durch Beschluß; derselbe ist zu verkünden. Dieser Beschluß ist nicht Abweisung der Klage, auch nicht abs. ab inst.; er beendet nicht die Rechtshängigkeit; jede der Parteien, auch die nichterschienene, kann den Gegner zu einem neuen Verhandlungstermin laden. Von Amtswegen ist ein Termin zu weiterer Verhandlung nicht zu bestimmen. Das Gericht kann aber nach § 204 vertagen, bevor der Kontumazialantrag überhaupt gestellt ist.

2. Wird der Kontumazialantrag nach § 300 Nr. 1—3 zurückgewiesen und die erschienene Partei beantragt Vertagung, so muß diesem Antrag stattgegeben und neuer Termin bestimmt werden. Der Vertagungsantrag kann und wird regelmäßig nach der Verkündung des den Kontumazialantrag zurückweisenden Beschlusses gestellt werden; als eventueller Antrag ist er vor dem Beschlusse möglich.

3. Wird der Kontumazialantrag mit Rücksicht auf Nr. 1—3 des § 300 zurückgewiesen und (was nach Bem. Nr. 1 nur auf Antrag geschehen kann) neuer Termin angesetzt, so hat die erschienene Partei die nichterschienene zu diesem Termine zu laden; die Ladung erfolgt nicht von Amtswegen. Unterläßt sie dies, so erreicht sie in dem neuen Termine wieder kein Versäumnisurteil. Das Gebot der neuen Ladung hat seinen besonderen Grund darin, daß in den Fällen der Zurückweisung des Kontumazialantrags aus Nr. 1 und 2 die Ordnungsmäßigkeit der Ladung unsicher, bei Zurückweisung aus Nr. 3 aber die Vorbereitung ungenügend ist. Dasselbe darf daher nicht ausgedehnt werden auf die Fälle, wo ohne Zurückweisung des Kontumazialantrags von Amtswegen oder auf Antrag vertagt wird. In letzteren Fällen wirkt die frühere Ladung fort. War sie ordnungsmäßig und rechtzeitig, so kann ohne neue Ladung im spätern Termin kontumaziert werden. — Hat die im früheren

Termin erschienene Partei mit Rücksicht darauf, daß sie die Zurückweisung ihres Kontumazialantrags aus § 300 Nr. 1—3 befürchtet, den Antrag zurückgezogen und Vertagung beantragt, so steht die Sache folgendermaßen: das Gericht kann nicht, wie nach vorheriger Zurückweisung des Kontumazialantrags, im späteren Termin den Kontumazialantrag einfach wegen Mangels der Ladung zum zweiten Termin zurückweisen, sondern muß untersuchen, ob die erste Ladung ordnungsmäßig war und bei Bejahung dieser Frage auch im zweiten Termin kontumazieren. Durch neue Ladung kann jedoch die Partei die Prüfung der Frage, ob die frühere Ladung ordnungsmäßig war, abschneiden; deswegen ist natürlich der Partei die neue Ladung zu empfehlen, so oft gegen die Ordnungsmäßigkeit der früheren Ladung Bedenken bestehen. [Vgl. Bl. f. RA. XXXXIV S. 401 ff., Troll a. a. S. 77.] Die im ersten Termin nicht erschienene Partei kann im zweiten Termin verhandeln.

4. Zu Nr. 1: Die von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstände — s. Bem. Nr. 8 zu § 261 und Bem. Nr. 6 Abs. 3 zu § 267. Dazu gehört auch Vorlage schriftlicher Vollmacht im Parteiprozeß (§ 84).

Die Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil kann nicht beschlossen werden, wenn der Mangel einer Prozeßvoraussetzung (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 247) feststeht; in diesem Fall ist auf absolutio ab instantia zu erkennen, s. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 295 und Bem. Nr. 2 Abs. 1 und Abs. 5 zu § 296 — wohl aber dann, wenn es noch nicht feststeht, ob die Prozeßvoraussetzungen vorliegen oder nicht, und die erforderliche Nachweisung möglicherweise noch beschafft werden kann [so auch Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 444 ff.]. Beispiele: Es ist zweifelhaft, ob die erschienene oder die ausgebliebene Partei prozeßfähig ist, ob der gesetzliche Vertreter einer Partei den erforderlichen Streitkonsens (§ 50) hat; ob für die Sache der Rechtsweg zulässig, ob die Zuständigkeit des Gerichts gegeben, ob die Klage ordnungsmäßig erhoben ist 2c. Die erschienene Partei hat die erforderlichen Nachweise nicht erbracht; es ist aber möglich, daß sie dieselben noch erbringt. Der Kontumazialantrag ist zurückzuweisen. Nach dem Wortlaut des § 300 Nr. 1 ist der Zweifel erlaubt, ob bei einem Mangel der Prozeßvoraussetzungen im Versäumnisverfahren überhaupt abs. ab inst. möglich oder nur der Kontumazialantrag zurückzuweisen ist [vgl. Eccius Beitr. f. E. d. DR. XXIV S. 602]; denn die Negative, daß die erschienene Partei die erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag, trifft auch in den Fällen zu, in denen nach Ansicht des Gerichts feststeht, daß es an einer Prozeßvoraussetzung mangelt. Erwägt man jedoch, daß es, wenn ein solcher Mangel feststeht, keinen Zweck hat, die formelle Rechtshängigkeit fortdauern zu lassen; ferner, daß der Beklagte bei Ausbleiben des Klägers gar kein Mittel hätte, den Prozeß zu Ende zu führen und zum Ersatz der Kosten zu gelangen; endlich, daß das Gericht die abs. ab inst. wegen der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte auch im kontradiktorischen Verfahren selbst bei Verzicht und Anerkenntnis auszusprechen hat — so muß die Möglichkeit einer abs. ab inst. behauptet werden. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3 zu § 300, Wach Vortr. S. 132 ff., Bolgiano S. 440, Fitting Ztschr. f. d. CPr. VI S. 311 ff., wo derselbe seine früher, Arch. f. c. Pr. LXIII S. 237, Lehrb. S. 226 N. 8, geäußerte abweichende Ansicht zurücknimmmt, Troll a. a. O. S. 42]. Teilweise anders Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 418 f., vgl. jedoch auch eod. LXIV S. 274 f. Gaupp II S. 183 f., 195 scheint anzunehmen, daß nur wegen Unzuständigkeit die abs. ab inst. eintreten kann (warum nicht wegen anderer Mängel?), unterscheidet dann wieder zwischen Versäumnis des Klägers und des Beklagten und will nur letzteren Falls die Klage wegen Unzuständigkeit abweisen. G. argumentiert mit dem Verzichte des ausgebliebenen Klägers (dagegen Bem. Nr. 2 zu § 295) und übersieht, daß auch bei einem Verzicht nicht zur Sache geurteilt werden kann, wenn die Prozeßvoraussetzungen fehlen (s. Bem. Nr. 2 litt. a

zu § 277). RG. 26. Mai 1880 Entsch. I Nr. 158 S. 143, vgl. Entsch. II Nr. 118 S. 409, hat die Möglichkeit einer abs. ab inst. wegen Unzuständigkeit im Falle des Ausbleibens des Beklagten anerkannt.] — Die Vorschrift der Nr. 1 ist sowohl auf den Kläger wie auf den Beklagten, sie ist auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz anwendbar.

5. Zu Nr. 2: Ob eine Ladung ordnungsmäßig und rechtzeitig ist, ist nach den §§ 151 bis 195, 204, 234, 459, 462, 481, 517, 567 Abs. 2, 636 Abs. 2 und GVG. § 102 zu bemessen. Auch Ordnungswidrigkeiten in der Form der Zustellung, welche nach § 267 gehoben werden könnten, sind von Amtswegen zu beachten, wenn der Geladene ausbleibt; nicht, wenn er zwar erschienen ist, aber nicht verhandelt [vgl. Schneider Arch. f. c. Pr. LXVI S. 285 ff.]. Ist die Partei, auf deren Betreiben die Ladung erfolgte, ausgeblieben, so kann gegen sie Versäumnisurteil zur Sache ergehen, wenn die (heilbare) Ordnungswidrigkeit der Zustellung von der erschienenen Partei nicht gerügt wird [vgl. Troll a. a. O. S. 53]. Mit der Stellung des Antrags auf Versäumnisantrag ist das Rügerecht präkludiert. Gegen die Partei, welche geladen hat, kann das Versäumnisurteil nicht aus dem Grunde der Nichteinhaltung der Frist verweigert werden. Die Frist ist um des Geladenen, nicht um des Ladenden willen vorgeschrieben. Insoweit eine Ladung und folglich die Einhaltung einer Ladungsfrist nicht erforderlich ist — s. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191, ist die Zurückweisung des Versäumnisantrags wegen nicht rechtzeitiger Ladung nicht möglich.

6. Zu Nr. 3: Die Vorschrift setzt voraus, daß der nicht erschienenen Partei ein Antrag und thatsächliches Vorbringen durch Schriftsatz mitgeteilt werden mußte; sie bezieht sich also auf die Fälle, daß der Beklagte, der Gegner des den Einspruch erhebenden, der Berufungs- und Revisionsbeklagte, der Gegner des eine Wiedereinsetzung nachsuchenden, der Gegner des eine Aufnahme betreibenden Teils ausgeblieben ist ꝛc. [vgl. Troll S. 60.] Ist das mündliche Vorbringen dem Gegner in einer vorangegangenen Verhandlung bekannt geworden — z. B. eine Widerklage, Adhäsion in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, so ist dem Gebote der Mitteilung genügt. [Vgl. Wach Vortr. S. 138, Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 521 ff., Troll S. 59. AM. Hellmann Lehrb. S. 625.] Der Beklagte, Widerbeklagte, der Berufungs- und Revisionsbeklagte, der Gegner des den Einspruch erhebenden oder um Wiedereinsetzung nachsuchenden oder des die Aufnahme betreibenden Teils ꝛc. bedarf zur Begründung seines Kontumazialantrags k e i n e s thatsächlichen Vorbringens und k e i n e r vorherigen Mitteilung, kann also gegen den Gegner Versäumnisurteil beantragen, ohne ihm einen Antrag auf Abweisung der Klage, der Widerklage, des Rechtsmittels, des Einspruchs ꝛc. ꝛc. zugestellt zu haben. [Vgl. a. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 421.] — Die Vorschrift der Nr. 3 bezieht sich nur auf w e s e n t l i c h e s thatsächliches Vorbringen und nur auf Anträge zur Sache, nicht auf Prozeßanträge [so auch Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 242, Tränkner eod. S. 260]; vgl. auch Bem. Nr. 2 zu § 653. Sie gilt auch für den Amtsgerichtsprozeß. — Wegen Modifikation und Änderung der Klage s. Bem. Nr. 4 zu § 240 und Bem. Nr. 3 zu § 241.

§ 301.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt. Wird der Beschluß aufgehoben, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine nicht zu laden.

Mot. S. 232, 233. KPr. S. 115, 547, 548, 557, 558.

1. Der zurückweisende Beschluß muß verkündet werden. Von der Verkündung an läuft die Notfrist zur Beschwerde (§ 540 Abs. 2). Reformiert das Beschwerdegericht, so kann es

nicht selbst das Vers.-Urt. erlassen; denn ein Urteil kann nur nach mündlicher Verhandlung ergehen. Die Sache kehrt also in die untere Instanz zurück. Dann hat der Vorsitzende von Amtswegen einen Termin anzusetzen; von diesem Termin ist nur der im vorigen Termin erschienenen Partei von Amtswegen Nachricht zu geben. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termin nicht zu laden, weil in dem neuen Termin nur das Vers.-Urt. nachzuholen ist, welches in dem früheren Termin hätte erlassen werden sollen. Deswegen kann auch die in dem früheren Termin nicht erschienene Partei im neuen Termin nicht zur Verhandlnng zugelassen werden, wenn nicht der Gegner in die Zulassung willigt. Dem Gegner kann sein Recht auf ein Vers.-Urt. nicht durch das Erscheinen der im ersten Termin ausgebliebenen Partei vereitelt werden. Man wende nicht ein, daß diese Behandlung formalistisch sei, weil der Kontumazierte durch Einspruch das Urteil beseitigen könne; denn das Vers.-Urt. kann nach Umständen vorläufig vollstreckbar, es kann ein zweites, dem Einspruch nicht mehr zugängliches Vers.-Urt. sein. [Ebenso Struckm. Koch, Wilm. Levy, Gaupp, Petersen, Hellmann, Bülow zu § 301, Hellmann Lehrb. S. 628, Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. V S. 241 N. 17; vgl. a. Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 65. AM. Fitting Lehrb. S. 234, Erythropel in Ztschr. f. d. CPr. II S. 120 ff., Troll Vers.-Urt. S. 75 f. Die im nordd. Entw. § 433 enthaltene Bestimmung, daß der früher nicht Erschienene zum neuen Termin zuzulassen sei, ist in den späteren Entwürfen weggeblieben]. Von dem vertretenen Standpunkt aus kann auch gegen die am ersten Termin erschienene Partei, wenn sie am neuen Termin ausbleibt, vom Gegner kein Versäumnisurteil beantragt werden kann; vielmehr ruht das Verfahren, wenn jene Partei im neuen Termin nicht erscheint, mag auch der Gegner erschienen sein.

2. Wird der Antrag auf Versäumnisurteil teilweise zurückgewiesen, zu einem anderen Teil aber dem Antrag stattgegeben, so ist gegen die abweisende Entscheidung, auch wenn sie mit dem Vers.-Urt. verbunden ist, nur Beschwerde, nicht Berufung, zulässig [RG. 11. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 107 S. 391].

§ 302.

Das Gericht kann von Amtswegen die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils vertagen, wenn es dafür hält, daß die von dem Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen, oder daß die Partei durch Naturereignisse oder durch andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine zu laden.

Mot. S. 232, 233. KPr. S. 115, 548.

1. § 302 betrifft Fälle, in denen nach Ansicht des Gerichts die nicht erschienene Partei am Erscheinen im Termin verhindert war. Die Verhinderung kann ihren Grund darin haben, daß die vom Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz — d. i. so kurz, daß die Partei unter Benutzung der gewöhnlichen Kommunikationsmittel nicht zum Termin eintreffen konnte — bemessen, oder darin, daß die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert war. Die Fälle, in denen der Vorsitzende Einlassungs- oder Ladungsfristen bestimmt, s. §§ 204 (Abkürzung), 234 Abs. 2, 481, 517. Auf nicht abgekürzte gesetzliche Einlassungs- oder Ladungsfristen bezieht sich § 302 nicht. Wegen des Begriffs „Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle“ s. Bem. Nr. 1 zu § 211. — Sind Hindernisse der angegebenen Art vorhanden, so ist trotz der Versäumung des Termins dem Gericht die Vertagung nahegelegt. [Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 12 ff. nimmt an, daß in diesen Fällen gar keine Versäumnis vorliege. Er folgert daraus,

daß eine Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil sich auf den Nachweis der Verhinderung des Erscheinens stützen könne (§ 474 Abs. 2). Die Theorie Schw.s ist dem Gesetze fremd. Nirgends steht geschrieben, daß die Ladung um der Verhinderung des Geladenen willen ihre Kraft verliere, wie dies im früheren gemeinen Prozesse (Wetzell § 50 bei N. 117 ff.) bei sog. Ehehaften allerdings der Fall war. Gegen Schw. Troll Vers.-Urt. S. 229, OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 160.]

2. Der neue Termin wird verkündet. Zu demselben ist die nicht erschienene Partei von der erschienenen Partei, nicht von Amtswegen, zu laden. Die Ladung zu einem verkündeten Termin ist eine Besonderheit. Diese hat ihren Grund in der Eigenart dieser Vertagung. Hat der Richter vertagt, weil er dafürhält, daß die Partei nicht erscheinen konnte, so ist es billig, von der Regel des § 195 eine Ausnahme zu machen.

In dem neuen Termin kann die früher ausgebliebene Partei erscheinen und zur Sache verhandeln. [Wach Vortr. S. 135 ff. meint, daß in dem neuen Termin zunächst nur darüber zu verhandeln sei, ob wirklich ein Grund vorlag, welcher die im ersten Termin ausgebliebene Partei am Erscheinen verhinderte; werde diese Frage verneint, so sei im zweiten Termin trotz dem Erscheinen der im ersten Termin ausgebliebenen Partei Versäumnisurteil gegen dieselbe zu erlassen; nur wenn das Gericht sich in der zweiten Verhandlung überzeugt habe, daß wirklich die vermutete Verhinderung vorhanden gewesen sei, sei in die Verhandlung zur Sache einzutreten. Für Wach: Schwalbach a. a. O. S. 13 N. 14, Hellmann Lehrb. S. 626. Gegen Wach: Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 199, Troll a. a. O. S. 12 ff. Wachs Ansicht ist unhaltbar. Die scheinbare Stütze im Wortlaut des § 302 — „die Verhandlung über den Antrag auf Vers.-Urt. vertagen" — zerbricht, wenn man erwägt, daß der Antrag auf Vers.-Urt. selbst schon Verhandlung zur Hauptsache und daß diese Verhandlung noch nicht abgeschlossen ist.]

3. Daß aus anderen Gründen, als den in § 302 angeführten, nach dem Kontumazialantrag eine Vertagung von Amtswegen unzulässig sei, darf aus § 302 nicht gefolgert werden. Aber bei Vertagung aus anderem Grunde (z. B. wegen plötzlicher Erkrankung eines Richters) ist eine Ladung der nicht erschienenen Partei zu dem neuen Termin nicht nötig.

4. Gegen den Vertagungsbeschluß ist Beschwerde nicht zulässig (arg. a contr. § 530).

§ 303.

Der Partei, gegen welche ein Versäumnisurteil erlassen ist, steht gegen dasselbe der Einspruch zu.

Mot. S. 232, 233. KPr. S. 115, 548.

1. Der Einspruch (die opposition des franz. R.) ist der Rechtsbehelf, den das Gesetz der säumigen Partei gegen die Folgen gänzlicher Versäumung gewährt. Der Einspruch gehört nach der Terminologie des Gesetzes nicht zu den Rechtsmitteln (vgl. Bem. Nr. 2 z. Titel des dritten Buchs). Der Einspruch ist nicht abhängig von der Angabe eines Grundes der Versäumung. Derselbe ist gegen alle Versäumnisurteile (s. Bem. Nr. 1 litt. d vor § 295) mit Ausnahme der in §§ 216 Abs. 2 und 310 erwähnten zulässig. Er ist aber auch nur zulässig gegen Versäumnisurteile, d. i. gegen Urteile, welche auf Versäumnisfolgen beruhen. Über Zulässigkeit des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl s. § 640.

2. Der Partei, welche das Versäumnisurteil beantragt hat, steht, wenn und soweit gegen sie geurteilt ist, nicht Einspruch, sondern Berufung und Revision zu.

3. Wegen des Verhältnisses des Einspruchs zur Berufung und Revision s. § 474.

§ 304.

Die Einspruchsfrist beträgt zwei Wochen; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurteils.

Muß die Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so hat das Gericht die Einspruchsfrist im Versäumnisurteile oder nachträglich durch besonderen Beschluß, welcher ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden kann, zu bestimmen.

Mot. S. 234. KPr. S. 115, 548.

1. Die Einspruchsfrist beträgt im Verfahren vor Amts-, Land- und höheren Gerichten gleichmäßig zwei Wochen. Sie beginnt mit der Zustellung des Vers.-Urt. Die Zustellung wird regelmäßig auf Betreiben dessen erfolgen, der das Urteil beantragt hat. Aber auch der Kontumazierte kann sich nach § 198 Abs. 2 durch Zustellung an den Gegner die Einspruchsfrist eröffnen. Wegen Berechnung der Frist s. § 200. Wegen Wiedereinsetzung gegen Ablauf derselben s. §§ 211—216, besonders § 211 Abs. 2.

2. Die Einlegung des Einspruchs kann mit der Zustellung des Urteils an den Gegner des Kontumazierten verbunden werden. Der Einspruch kann schon vor Zustellung des Versäumnisurteils rechtswirksam eingelegt werden. [So auch Struckm. Koch N. 1, Hellmann II S. 183, Petersen S. 513, Fitting S. 235 N. 34, Troll Vers.-Urt. S. 193 ff., Weizsäcker Württ. GBl. XVIII S. 246 ff., RG. 25. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 115 S. 408 und 17. Jan. 1883 IX Nr. 121 S. 421. Dagegen: Wilm. Levy N. 1, Puchelt II S. 131 ff., Kleiner II S. 225, Endemann II S. 162, v. Sarwey I S. 465, Gaupp II S. 200, Wach Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 257 ff. u. S. 801, Deutschmann eod. XXVI S. 57, 64 ff. Für die erstere Ansicht spricht das arg. a contr. aus §§ 477 Abs. 2, 514 Abs. 2; machte die Festsetzung einer Notfrist ohne weiteres die Vornahme der Prozeßhandlung vor Beginn der Frist unmöglich, so hätte dies nicht für Berufung und Revision ausdrücklich bestimmt werden müssen. Auch auf § 283 Abs. 2 kann man sich berufen. Die Einlegung des Einspruchs in diesem Punkte anders zu behandeln als die Einlegung der Berufung und Revision, ist aber auch sachlich durchaus gerechtfertigt. Bei Berufung und Revision soll durch die Vorschrift der §§ 477 Abs. 2, 514 Abs. 2 die einheitliche Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz über die möglicher Weise beiden Parteien zustehenden Rechtsmittel erreicht werden. Einspruch kann immer nur von einer Partei eingelegt werden. Die Gleichzeitigkeit der Einlegung des Einspruchs und einer gegnerischen Berufung oder Revision anzustreben, besteht nicht der mindeste Grund. Wachs Bezugnahme auf § 217 ad vv. „innerhalb derselben" ist nicht beweiskräftig; denn der nachträglich eingefügte § 217 ist eben auf den regelmäßigen Fall zugeschnitten. Wilm. Levys Behauptung, das RG. habe in Entsch. III S. 375 und V S. 357 die Unzulässigkeit der sofortigen Beschwerde vor Zustellung des Beschlusses ausgesprochen, ist einfach unrichtig.]

3. „Zustellung im Ausland" s. §§ 182—185; „Z. durch öffentliche Bekanntmachung" s. §§ 186—190. Auch die nach Abs. 2 bestimmte Einspruchsfrist ist Notfrist. — Die Frist wird von Amtswegen im Versäumnisurteil bestimmt. Ist dies übersehen oder stellt sich erst nachträglich heraus, daß Zustellung im Auslande oder öffentliche Zustellung erfolgen muß, so ist ein nachträglicher Beschluß zu erlassen. Die Vorschriften des § 292 über Ergänzung des Urteils sind nicht anwendbar. Der Beschluß ist der Partei, welche ihn anregt, von Amtswegen zuzustellen, wenn er nicht verkündet worden ist (§ 294). Dem Gegner ist der Beschluß durch die Partei zuzustellen, wie das Versäumnisurteil (KPr. S. 115). Die Zustellung des Urteils im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung ohne Zustellung des Beschlusses eröffnet nicht die Einspruchsfrist.

§ 305.

Die Einlegung des Einspruchs erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) die Bezeichnung des Urteils, gegen welches der Einspruch gerichtet wird;
2) die Erklärung, daß gegen dieses Urteil Einspruch eingelegt werde;
3) die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung der Hauptsache.

Der Schriftsatz soll zugleich dasjenige enthalten, was zur Vorbereitung der Verhandlung über die Hauptsache erforderlich ist.

Mot. S. 234. KPr. S. 115, 548.

1. Zur Einlegung des Einspruchs ist Zustellung eines Schriftsatzes nötig. Im Anwaltsprozeß muß der Schriftsatz von dem Anwalt unterschrieben sein. Im Verfahren vor den Amtsgerichten kann der Einspruch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt (§ 462) und durch Zustellung dieses Protokolls eingelegt werden. Die mündliche Erklärung des Einspruchs ist unwirksam. Dies gilt auch für das amtsgerichtliche Verfahren. Aus § 461 folgt nicht, daß die Einlegung des Einspruchs durch den Vortrag in der mündlichen Verhandlung ersetzt werden kann.

2. Wesentlich für den Schriftsatz (das Protokoll § 462) sind die Erfordernisse Nr. 1 bis 3. Ein Mangel derselben hat zur Folge, daß der Einspruch nicht in gesetzlicher Form eingelegt ist (s. § 307). — Zu Nr. 1: Das Urteil muß so genau bezeichnet sein, daß man weiß, welches Urteil angefochten werden soll. — Zu Nr. 2: Der Gebrauch des Ausdrucks „Einspruch" ist nicht wesentlich. Andere Ausdrücke, etwa „Widerspruch" oder „Opposition", genügen auch, wenn nur erkennbar ist, was gewollt ist. — Zu Nr. 3: Es genügt, wenn die Ladung einfach „zur mündlichen Verhandlung" lautet. Dagegen würde eine Ladung zur Verhandlung über die Zulässigkeit des Einspruchs inkorrekt sein. „Hauptsache" bedeutet hier den Gegensatz zur Verhandlung über die Prozeßvoraussetzungen des Einspruchs. Die Ladung ist in den Schriftsatz aufzunehmen (§ 191 Abs. 2). Die Zustellung muß an den Prozeßbevollmächtigten des Gegners geschehen (§§ 162, 163). Ladungsfrist: § 194, vorbehaltlich der Abkürzung. Nichteinhaltung der Ladungsfrist macht den Einspruch nicht ungültig.

3. Für den Schriftsatz gelten die instruktionellen Vorschriften der §§ 120—124 und des § 305 Abs. 2. Der Anweisung des § 305 Abs. 2 wird z. B. dadurch entsprochen, daß der Schriftsatz des kontumazierten Beklagten die Klage beantwortet oder der Schriftsatz des kontumazierten Klägers auf die Klage bezugnehmend den Antrag wiederholt rc. rc. Nichtbeachtung der instruktionellen Anweisung zieht Nachteile zur Sache nicht nach sich (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 120).

4. Ist gegen dasselbe Urteil von einer Partei Einspruch, von der anderen Berufung oder Revision eingelegt, so geht die Verhandlung über den Einspruch vor (§§ 486, 529).

§ 306.

Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob der Einspruch an sich statthaft und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen.

Mot. S. 234, 235. KPr. S. 115, 548.

1. Die prozessualischen Voraussetzungen des Einspruchs unterliegen der Offizialprüfung. Diese Voraussetzungen sind: a) Die Statthaftigkeit des Einspruchs. Das Urteil muß der

Einspruch erhebenden Partei gegenüber erstes Versäumnisurteil sein. Näheres s. Bem. Nr. 1 litt. d vor § 295. b) Die gesetzliche Form, d. i. die Beobachtung der Vorschriften des § 305 Nr. 1—3. c) Die Einhaltung der Notfrist des § 304.

2. Die Verhandlung über die prozessualischen Voraussetzungen des Einspruchs muß nicht getrennt werden von der sonstigen Verhandlung. Der Gegner der Einspruchspartei hat nicht das Recht, bei Bestreitung der Zulässigkeit 2c. des Einspruchs die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern. Doch kann das Gericht gemäß § 137 anordnen, daß die Verhandlung zunächst auf die Prozeßvoraussetzungen des Einspruchs zu beschränken sei. [AM. Troll Vers.-Urt. S. 216.] Der Streit über die Zulässigkeit des Einspruchs ist Zwischenstreit (s. Bem. Nr. 4 zu § 275); es ist ein Zwischenurteil möglich, welches den Einspruch als zulässig erklärt.

3. Fehlt es an einer der prozessualischen Voraussetzungen des Einspruchs, so ist der Einspruch als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen, ohne daß auf die Hauptsache einzugehen ist. Natürlich kann ein solches Endurteil nur nach mündlicher Verhandlung ergehen. Gegen dasselbe ist Berufung und Revision zulässig. — Die Zurückweisung des Einspruchs wegen Mangels der prozessualischen Voraussetzungen desselben muß erfolgen, einerlei ob in dem Termin zur Einspruchsverhandlung beide Parteien oder nur eine erschienen ist. Das Urteil ist auch gegenüber der nicht erschienenen Partei nicht Versäumnisurteil, daher nicht durch Einspruch, sondern nur durch Berufung oder Revision anfechtbar.

§ 307.

Ist der Einspruch zulässig, so wird der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis befand.

Mot. S. 235. KPr. S. 94, 543.

1. Ist der Einspruch statthaft sowie ordnungsmäßig und rechtzeitig eingelegt, so bewirkt er, daß der Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in welcher er sich vor dem Eintritt der Versäumnis befand. Eingetreten aber war die Versäumnis nicht erst bei der Verkündung des Versäumnisurteils und auch nicht erst mit dem Schlusse der Verhandlung, auf welche dieses Urteil erging, sondern vor dem Antrage auf Vers.-Urt.; denn ein solcher Antrag setzt die Terminsversäumnis als vorhanden voraus. Dagegen kann man nicht einwenden, daß nach § 197 ein Termin erst versäumt ist, wenn die Partei bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt; denn die Möglichkeit, daß die nicht erschienene Partei nach dem Antrage auf Vers.-Urt. auftritt und verhandelt, beruht auf einer Art von Restitution, wie sie § 209 Abs. 2 gegen die eingetretene Versäumnis allgemein gewährt. [Vgl. Troll Vers.-Urt. S. 9 ff.] Der Prozeß wird also durch den Einspruch in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor dem Antrage auf das Vers.-Url. befand. Die Parteien können alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen, welche sie vor dem Antrag auf Versäumnisurteil geltend machen konnten. Insbesondere kann der Beklagte, sowohl wenn er selbst, wie wenn der Gegner Einspruch erhoben hat, prozeßhindernde Einreden, welche nicht schon durch eine frühere Verhandlung verloren waren, vorbringen, auch auf Grund derselben die Einlassung zu verweigern, wenn ihm diese Befugnis vorher zukam. [Troll S. 37, 222 behauptet, daß der Bekl., welcher den Einspruch eingelegt hat, sich nicht auf prozeßhindernde Einreden beschränken dürfe. Dieser Behauptung liegt die irrige Annahme zu Grund, daß die Worte „zur Hauptsache" in § 310 den Gegensatz zu Prozeßeinreden bezeichnen. Dagegen s. Bem. Nr. 1 zu § 310]. Andererseits bleiben alle Zwischenurteile, einschließlich derjenigen über prozeßhindernde Einreden oder über den Grund des auch dem Betrage nach streitigen Anspruchs, ebenso die Beweisbeschlüsse, welche vor dem Versäumnisurteil erlassen waren, in Kraft (norbd. Prot. II S. 622 f.,

625). Nicht minder bleiben die Beweiserhebungen, Geständnisse, Anerkenntnisse, Verzichte und die vor dem Antrag auf Vers.-Urt. bereits eingetretenen Präklusionen in Kraft.

2. Die Zulässigkeit des Einspruchs kann durch Zwischenurteil festgestellt werden (§ 275). Durch ein solches Zwischenurteil ist jedoch das Versäumnisurteil noch nicht aufgehoben (vgl. § 655). Ist kein Zwischenurteil erlassen, so wird über die Zulässigkeit im Endurteil entschieden.

3. Über die Wirkung des Einspruchs auf die Vollstreckung des Versäumnisurteils vgl. §§ 645, 648 Nr. 3, 649–655, 657, 659.

§ 308.

Insoweit die Entscheidung, welche auf Grund der neuen Verhandlung zu erlassen ist, mit der in dem Versäumnisurteile enthaltenen Entscheidung übereinstimmt, ist auszusprechen, daß diese Entscheidung aufrecht zu erhalten sei. Insoweit diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird das Versäumnisurteil in dem neuen Urteile aufgehoben.

Mot. S. 228–232. KPr. S. 115, 548.

1. Ist der Einspruch zulässig und sind beide Parteien zur Einspruchsverhandlung erschienen, so ist über die Sache (im Gegensatz zur Frage der Zulässigkeit des Einspruchs) durch Urteil zu entscheiden. Diese Entscheidung kann abs. ab inst. sein, wenn sich herausstellt, daß ein Mangel in den Prozeßvoraussetzungen, z. B. Unzuständigkeit des Gerichts, Unzulässigkeit des Rechtswegs, vorhanden ist. Außerdem ergeht nach allgemeinen Regeln, sobald die Sache spruchreif ist, ein Urteil zur Hauptsache. Dieses Urteil kann das Vers.-Urt. ganz oder teilweise bestätigen oder aufheben. Insoweit es bestätigt, ist in der Urteilsformel auszusprechen, daß die frühere Entscheidung aufrecht zu erhalten sei. Insoweit es abändert, ist in der Urteilsformel auszusprechen, daß das Versäumnisurteil aufgehoben und so und so erkannt werde. Bei teilweiser Änderung ist das Urteil nicht ganz aufzuheben. Das kann wegen des Fortbestandes von Zwangsvollstreckungsmaßregeln bedeutsam sein [vgl. Troll a. a. O. S. 219]. — Bei Erlassung eines bedingten Endurteils ist die Aufhebung des Versäumnisurteils noch nicht auszusprechen, da das Purifikationsurteil wieder mit dem Versäumnisurteil übereinstimmen kann.

2. Gegen das kontradiktorische Endurteil stehen die gewöhnlichen Rechtsmittel zu.

§ 309.

Ist das Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen, so sind die durch die Versäumnis veranlaßten Kosten, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind, der säumigen Partei auch dann aufzuerlegen, wenn infolge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen wird.

Mot. S. 232. KPr. S. 115, 548.

1. Wird das Versäumnisurteil aufrecht erhalten, so fallen die Kosten der Einspruchsverhandlung der in der Hauptsache unterliegenden Partei, d. i. der Partei, die den Einspruch erhoben hat, zur Last. Wird das Vers.-Urt. abgeändert, so ist zu unterscheiden: a) Das Vers.-Urt. ist in ungesetzlicher Weise ergangen, d. h. unter Umständen, unter denen entweder sofort auf abs. ab inst. zu erkennen oder nach § 300 der Antrag auf Versäumnisurteil zurückzuweisen gewesen wäre; dann sind die gesamten Kosten des Verfahrens als ein Ganzes zu betrachten; über diese Gesamtkosten ist nach §§ 87, 88 zu erkennen. Es kann also die säu-

mige Partei, wenn sie obsiegt, kostenfrei ausgehen. b) Das Versäumnisurteil ist in gesetzlicher Weise ergangen. Dann kann die säumige Partei, auch wenn sie obsiegt, nicht kostenfrei ausgehen, selbst dann nicht, wenn die Versäumnis eine unverschuldete war. Die Mehrkosten, welche in Folge der Versäumung durch die doppelte Verhandlung entstanden sind, bleiben ihr stets zur Last. Nur diejenigen Kosten der Einspruchsverhandlung, welche durch einen schließlich als unbegründet erkannten Widerspruch des Gegners entstanden sind, sind diesem aufzuerlegen.

2. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 6, 32, 46; GO. f. RA. § 20.

§ 310.

Einer Partei, die den Einspruch eingelegt hat, aber in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt, steht gegen das Versäumnisurteil, durch welches der Einspruch verworfen wird, ein weiterer Einspruch nicht zu.

Mot. S. 235. KPr. S. 115, 548.

1. a) Wenn die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt, so wird der Einspruch durch Versäumnisurteil verworfen. Über den Begriff „verhandeln" vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 1 zu § 298. Den Gegensatz von „zur Hauptsache verhandeln" bildet hier die Verhandlung über die Zulässigkeit, Rechtzeitigkeit und ordnungsmäßige Einlegung des Einspruchs; es fällt also, abweichend von §§ 39, 243, 247, auch die Verhandlung über Prozeßeinreden unter den Begriff „zur Hauptsache verhandeln". [So auch die Mot. S. 235 ad vv. „nicht zur Hauptsache — wenn auch über den Einspruch"; ferner Struckm. Koch N. 1a, Wilm. Levy N. 2a, Gaupp II S. 205, A. Förster N. 2b; vgl. a. über die relative Bedeutung von „zur Hauptsache" Wach I S. 292 N. 20, wo übrigens der Fall des § 310 nicht speziell gewürdigt ist. AM. Troll Vers.Urt. S. 37, 142, 215 f., 221 f., welcher die Verhandlung über Prozeßeinreden nicht als Verh. z. Hauptsache i. S. des § 310 betrachtet.] Auch wenn durch Zwischenurteil die formelle Zulässigkeit des Einspruchs bereits festgestellt ist (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 306), kann der Einspruch der nicht zur Hauptsache verhandelnden Partei durch zweites Vers.Urt. verworfen werden; denn dieses die Versäumnisfolge realisierende Urteil steht nicht im Widerspruch mit dem Zwischenurteil. [Unrichtig v. Kries Rechtsmittel S. 161 N. 80.] Gegen das Vers.Urt. hat die Partei keinen weiteren Einspruch, sondern nur Berufung bezw. Revision aus dem Grunde, daß Versäumung nicht vorgelegen habe (§§ 474 Abs. 2, 529). Zu dem Vers.Urt. wird vorausgesetzt, daß der Einspruch „zulässig" im Sinne der Bem. Nr. 1 zu § 306 war; sonst müßte der Einspruch nach § 306 verworfen werden. Dagegen hat das Gericht bei der zweiten Versäumung nicht mehr die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen oder die Zulässigkeit der Berufung und Revision zu prüfen [vgl. Troll a. a. O. S. 221].

b) Wenn dagegen die Partei, welche den Einspruch einlegt, in dem Termine erschienen ist und „zur Hauptsache" (im bezeichneten Sinne) verhandelt hat, hierauf aber im Laufe derselben Instanz einen weiteren, zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmten Termin versäumt, so ist der Einspruch nicht mehr zu verwerfen; wohl aber kann unter den allgemeinen Voraussetzungen ein neues Vers.Urt. gegen sie erlassen werden. Gegen dieses neue Vers.Urt. hat die kontumazierte Partei den Einspruch. Natürlich kann dieser Fall zu wiederholtenmalen

eintreten, so daß in derselben Instanz gegen dieselbe Partei ein drittes, viertes ꝛc. dem Einspruche unterliegendes Versäumnisurteil möglich ist. Ein ausreichendes Korrektiv gegen den Mißbrauch, welcher mit Wiederholung des Einspruchs getrieben werden könnte, gewährt die vorläufige Vollstreckbarkeit jedes zweiten oder ferneren, in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenen Versäumnisurteils (§ 648 Nr. 3).

2. Erscheint der Gegner der Partei, die den Einspruch eingelegt hat, in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag der erschienenen Partei nach §§ 295, 296 Versäumnisurteil zu erlassen, falls der Einspruch bei der nach § 306 vorzunehmenden Offizialprüfung sich als zulässig erweist und die Prozeßvoraussetzungen vorliegen. Gegen dieses Versäumnisurteil steht der kontumazierten Partei der Einspruch zu.

§ 311.

In betreff des Verzichts auf den Einspruch und der Zurücknahme desselben finden die Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung und über die Zurücknahme derselben entsprechende Anwendung.

Mot. S. 235. KPr. S. 115, 548.

Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung s. § 475, über Zurücknahme der Berufung s. § 476. Vor Erlassung des Vers.Urteils kann auf den Einspruch nicht verzichtet werden. Ein derartiger Verzicht, einerlei ob einseitig oder in Vereinbarung erklärt, wäre wirkungslos und könnte den Einspruch nicht hindern. Es enthält nämlich der in betreff des Verzichts auf den Einspruch entsprechend anzuwendende § 475 nur eine Bestimmung über Verzicht auf Berufung nach Erlassung des Urteils; dieser Verzicht ist in § 475 als rechtswirksam anerkannt, entsprechend also gemäß § 311 auch der Verzicht auf den Einspruch. Über den Verzicht auf Berufung vor Erlassung des Urteils bestimmt die CPrO. überhaupt nichts; vielmehr soll nach den Mot. S. 300 die Gültigkeit eines „Vertrags", in welchem auf Berufung vor Erlassung des Urteils verzichtet wird, „lediglich nach dem Civilrechte" zu beurteilen sein. Über die Resultate, welche sich hieraus für den vor Erlassung des Urteils vereinbarten Verzicht auf die Berufung ergeben, vgl. Bem. Nr. 1 zu § 475. Die entsprechende Anwendung auf den vor dem Urteil erklärten Verzicht auf den Einspruch ergiebt, daß ein solcher Verzicht nur gültig wäre, wenn dessen Gültigkeit sich aus dem Civilrechte begründen ließe. Dies ist aber nach keinem der in Deutschland geltenden Civilrechte der Fall. Auch sprechen gegen die Zulässigkeit die schwersten Bedenken, da derjenige, welcher auf den Einspruch von vornherein verzichtet, sich damit auch zur Versäumnis verpflichten würde — eine Verpflichtung, der prozeßrechtliche Wirkung doch nicht zukommen kann. [So auch Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 288, Troll Vers.Urt. S. 200 ff. AM. wie es scheint Planck I S. 299.] — Auf den Verzicht nach dem Vers.Urt. finden die Bem. Nr. 2–4, auf die Zurücknahme des Einspruchs die Bemerkungen zu § 476 entsprechende Anwendung. Der Bem. Nr. 5 zu § 476 entspricht, daß die Zurücknahme eines Einspruchs, der als nicht ordnungsmäßig eingelegt beanstandet wurde, keinen Verzicht auf den Einspruch enthält [vgl. RG. 17. Jan. 1883 Entsch. IX Nr. 121 S. 423 f.].

§ 312.

Die Vorschriften dieses Titels finden auf das Verfahren, welches eine Widerklage oder die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruchs zum Gegenstande hat, entsprechende Anwendung.

War ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit

bestimmt, so beschränkt sich das Versäumnisverfahren und das Versäumnisurteil auf die Erledigung dieses Zwischenstreits. Die Vorschriften dieses Titels finden entsprechende Anwendung.

Mot. S. 236, 237. KPr. S. 115, 548.

1. Zu Abs. 1: „Auf das Verfahren über die Widerklage.“ In Abwesenheit des Klägers kann der Beklagte keine Widerklage erheben (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 33). Terminsversäumnis im Verfahren über die WKl. ist aber erst denkbar nach Erhebung der WKl. Folglich können die Vorschriften über das Versäumnisverfahren auf das Verfahren betreffs der WKl. erst angewendet werden, wenn der Widerkläger oder der Widerbeklagte nicht mehr erscheint oder nicht mehr verhandelt, nachdem in einem früheren oder in demselben Termine beide Parteien erschienen waren und die WKl. erhoben war. [So auch Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 84 u. 184, A. Förster N. 3, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 131, Wach Vortr. S. 41 und Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VII S. 137 N., Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. V S. 230. Dagegen führt die in Bem. Nr. 5 zu § 33 erwähnte Ansicht, daß WKl. nach vorheriger Zustellung eines dieselbe betreffenden Schriftsatzes auch in Abwesenheit des Klägers anhängig gemacht werden könne, zu der Konsequenz, daß im Widerklageverfahren ein Kontumazialurteil gegen Widerkläger und Widerbeklagten schon nach Zustellung des erwähnten Schriftsatzes möglich ist. Es ist eine Halbheit, die Kontumazialfolgen nach der Zustellung des Schriftsatzes nur zu Gunsten des Widerklägers, nicht zu Gunsten des Widerbeklagten, eintreten zu lassen, wie dies Struckm. Koch N. 4 zu § 295 u. N. 6 zu § 296, Petersen S. 503 u. S. 505, Hellmann Lehrb. S. 636, Schepers Beitr. z. Erl. d. DR. XXIV S. 868, Troll Vers.Urt. S. 99 u. S. 133 u. a. thun. Freilich führt die volle Konsequenz der gegnerischen Ansicht zum Konflikt mit § 254; aber das beweist nur, daß der Ausgangspunkt falsch ist.] Bei Versäumnis seitens des Widerklägers wird die Widerklage abgewiesen (§ 295). Bei Versäumnis seitens des Widerbeklagten ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Widerklägers als zugestanden anzunehmen (§ 296). [Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 392 leugnet die Möglichkeit eines Vers.Urt. über die Widerklage ganz und gar.] Die Widerklage ist von Amtswegen zurückzuweisen, wenn es an den von Amtswegen zu beachtenden Prozeßvoraussetzungen mangelt.

2. Zu Abs. 1: „Auf das Verfahren, welches die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach festgestellten Anspruch zum Gegenstande hat.“ Die Motive bemerken: „Ist ein Anspruch seinem Grunde nach bereits festgestellt (§ 276), so beschränkt sich die fernere Verhandlung formell auf die Liquidation, in Wirklichkeit bildet aber den Gegenstand der Verhandlung noch immer die ganze Sache. Denn das Urteil ist nur ein Zwischenurteil, mithin der Anspruch des Klägers, wie er denselben in seinem Sachgesuche verfolgt, quantitativ auch noch nicht teilweise erledigt. Es erscheint daher konsequent, wenn der § 312 Abs. 1 vorschreibt, daß die §§ 295 ff. auf die Verhandlung über die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruchs zur Anwendung kommen sollen.“

Versäumt der Kläger den Termin, so wird er mit der Klage abgewiesen. Dieses Vers.Urt. steht nicht im Widerspruch mit dem Zwischenurteil; denn das Zw.U., welches den Grund des Anspruchs feststellt, hat dem Kläger noch gar nichts zugesprochen [vgl. Troll, Vers.Urt. S. 98]. Versäumt der Beklagte den Termin, so ist das Thatsächliche, was der Kläger in Bezug auf den Betrag des Anspruchs mündlich vorbringt, als zugestanden anzunehmen und soweit dasselbe den Klagantrag rechtfertigt nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall ist, aber die Klage abzuweisen. Über den Grund des Anspruchs ist nicht mehr zu verhandeln und zu entscheiden, weil in dieser Beziehung das Zw.U. schon entschieden hat. Das Gericht ist an die im Zw.U. erlassene Entscheidung gebunden; es kann also nicht im Widerspruch mit

dem Zw.U. die Klage nach § 296 Abs. 2 abweisen, weil der Grund nicht zu Recht bestehe [vgl. Troll Vers.Urt. S. 132]. Über den Fall, daß die Verhandlung über den Betrag vor Rechtskraft des Zw.U. über den Grund angeordnet und hierauf das Zw.U. abgeändert wird, vgl. Bem. Nr. 4 Abs. 2 zu § 276 und Bem. Nr. 4 zu § 248. Dem Vers.Urt. wird in diesem Fall die Unterlage ebenso entzogen, wie dem Nichtversäumnisurteil.

3. Zu Abs. 2: a) Zwischenstreit ist hier nur im Sinne von „Zwischenstreit unter den Parteien" zu verstehen. Im Zwischenstreit mit dritten (s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 275) giebt es keine Urteile, folglich auch keine Vers.-Urteile. Ein Zwischenstreit unter den Parteien ist ein innerhalb des Prozesses sich ergebender Streit über ein prozessualisches Angriffs- oder Verteidigungsmittel, welcher nur nach mündlicher Verhandlung und nicht durch Beschluß oder Verfügung erledigt werden kann (s. Bem. Nr. 4 zu § 275). Ein Zwischenstreit liegt nicht vor, wenn gemäß § 137 eine Beschränkung der Verhandlung auf ein selbständiges materiellrechtliches Angriffs- oder Verteidigungsmittel (s. Bem. Nr. 2 zu § 137) stattfand. Bei letzterer Beschränkung der Verhandlung ist kein Versäumniszwischenurteil möglich. [AM. unter Verkennung des Begriffs „Zwischenstreit" Müller Ztschr. f. d. CPr. IV S. 321 ff.]

b) Das Gericht kann nicht einen Zwischenstreit durch Separation von dem sonstigen Prozeßstoff schaffen. Der Zwischenstreit existiert von selbst, sobald sich ein Streit der bezeichneten Art unter den Parteien ergiebt. Das Gericht kann aber, wenn ein solcher Zwischenstreit existiert, bestimmen, daß in einem Termin lediglich über den Zwischenstreit verhandelt werde, und wenn dies geschehen ist, aber auch nur dann, beschränken sich bei Ausbleiben einer Partei die Versäumnisfolgen auf den Zwischenstreit. Unter welchen Umständen das Gericht einen Termin zur alleinigen Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmen wird, das ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. Eine derartige Bestimmung ist angezeigt, wenn es sich um einen gelegentlich einer Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter entbrannten, von diesem nicht zu erledigenden Zwischenstreit (§ 331 Abs. 2), z. B. um die Zulässigkeit der Beeidigung eines Zeugen, handelt. Übrigens kann das Gericht bei allen Arten von Zwischenstreiten bei der Terminsbestimmung jene Beschränkung aussprechen. [AM. Troll Vers.Urt. S. 142, welcher die Beschränkung des Termins auf den Zwischenstreit nur in den Fällen der §§ 315 Abs. 2, 331 Abs. 2 für statthaft erachtet.] Nicht liegt es in der Hand der Partei, dadurch, daß sie lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit ladet, den Termin zu einem nur zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmten zu stempeln. Folglich ist nur bei Terminen, die von Amtswegen bestimmt werden, jene Beschränkung möglich.

c) Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Folgen der Terminsversäumung auf die bezeichneten Termine ergiebt sich aus folgenden Beispielen: α) A verlangt, daß ein Zeuge unbeeidigt vernommen werde, B verlangt die Beeidigung. Das Gericht bestimmt Termin lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit. Bleibt A aus, so ist sein Protest gegen die Beeidigung als nicht erhoben anzusehen (arg. § 295) und durch Versäumniszwischenurteil so zu entscheiden, wie wenn jener Protest nicht erhoben worden wäre. Damit ist noch nicht gesagt, daß die Beeidigung erfolgen müsse, denn die Zulässigkeit der Beeidigung hängt nicht allein vom Belieben der Parteien ab. Bleibt B aus, dann ist das thatsächliche Vorbringen des A, auf welches der Protest gegen die Beeidigung sich stützt, als zugestanden zu behandeln (arg. § 296) und, soweit dieses den Protest begründet, Versäumnisurteil gegen B zu erlassen. β) A verlangt von B die Vorlegung einer Urkunde; B bestreitet, hierzu verpflichtet zu sein. Das Gericht bestimmt Termin lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit. Bleibt A aus, so wird sein Editionsantrag abgewiesen (arg. § 295). Bleibt

B aus, so ist das thatsächliche Vorbringen des A, auf welches sich sein Antrag stützt, als zugestanden anzunehmen und, wenn dieses den Editionsantrag rechtfertigt, durch Versäumniszwischenurteil nach Antrag zu erkennen; wenn dies nicht der Fall ist, der Editionsantrag abzuweisen.

d) Das Versäumnisurteil ist durch Einspruch der Partei anfechtbar, gegen welche es Versäumnisfolgen realisiert. Die Einspruchsfrist beginnt mit der Zustellung des Zwischenurteils. Auf die Einspruchseinlegung und -verhandlung finden die §§ 305 bis 309 entsprechende Anwendung. Das zweite Versäumniszwischenurteil (§ 310) ist nicht mehr durch Einspruch anfechtbar. — Vom Gegner kann das Versäumniszwischenurteil nur durch Rechtsmittel gegen das Endurteil angefochten werden. Das Versäumniszwischenurteil bindet, solange es nicht durch Einspruch beseitigt ist, nicht bloß das Gericht, von welchem es erlassen ist, sondern auch die Rechtsmittelinstanz. (Näheres s. Bem. Nr. 3 zu § 474.)

e) Nach Erlassung des Versäumnisurteils kann das Verfahren in der Hauptsache erst fortgesetzt werden, wenn die Einspruchsfrist abgelaufen oder der Einspruch erledigt ist. Die Fortsetzung des Verfahrens zur Hauptsache auf der Basis des vorläufig bindenden, aber durch Einspruch zu beseitigenden Zwischenurteils würde zu der Möglichkeit eines kontradiktorischen Urteils zur Sache führen, dem hintendrein durch Einspruch gegen das Zwischenurteil das Fundament ganz oder zum Teil entzogen werden könnte. Deswegen wäre es jedenfalls unzweckmäßig, die Verhandlung über die Hauptsache vor Ablauf der Einspruchsfrist oder Erledigung des Einspruchs zu pflegen. Aber diese Verhandlung ist nicht bloß unzweckmäßig, sondern unstatthaft. In § 217 ist für den dort bezeichneten Fall eines Versäumniszwischenurteils ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Verhandlung zur Hauptsache erst nach Ablauf der Einspruchsfrist oder Erledigung des Einspruchs möglich ist. Daraus ein arg. a contr. für die Statthaftigkeit der Verhandlung zur Hauptsache *vor* Ablauf der Einspruchsfrist &c. zu ziehen, wäre ganz verkehrt. Vielmehr ist in § 217 nur für den besonderen Fall ausgesprochen, was sich aus der Natur eines Versäumniszwischenurteils ergebe. Die Motive zu § 312 (S. 327) bemerken mit Bezug auf das Versäumniszwischenurteil des § 430:

> „Ist das Versäumniszwischenurteil ergangen, so kann, wenn gegen dasselbe der Einspruch statthaft ist, *erst nach Ablauf der Einspruchsfrist oder erst nach Erledigung des eingelegten Einspruchs weiter verhandelt* und die aus der Verweigerung des Eides sich ergebende Folge durch Urteil realisiert werden. Dadurch wird dem Gericht die vielfach schwierige und Zeit raubende Arbeit erspart, ein Urteil abzufassen, welches zusammenfällt, wenn im Verfolg der Einlegung eines zulässigen Einspruchs der Eid nachträglich geleistet wird, und überdies die Erlassung eines Urteils vermieden, welches sich aus einem Versäumnisurteile — (aus dem Ausspruche, daß der Eid als verweigert anzusehen sei) — und aus einem kontradiktorischen Urteile — (aus dem Ausspruche, welcher die Verweigerung des Eides realisiert) — zusammensetzt."

Offenbar treffen die Gründe, aus denen der Verfasser der Motive postuliert, daß *erst nach* Ablauf der Einspruchsfrist bzw. Erledigung des Einspruchs gegen das Versäumniszwischenurteil des § 430 weitere Verhandlung statthaft sei, auch bei anderen Versäumniszwischenurteilen zu. [Vgl. Schollmeyer Zwischenstreit S. 39. In der Litteratur ist meist nur die Frage behandelt, ob nach dem Versäumniszwischenurteil des § 430 das Verfahren bis nach Ablauf der Einspruchsfrist &c. zu sistieren sei. Diese Frage wird in dem Sinne, wie sie hier für Versäumniszwischenurteile im allgemeinen beantwortet ist, entschieden von Struckm. Koch N. 3 zu § 430, Gaupp I S. 410, II S. 211, 242, Wilm. Levy N. 2 Abs. 3 zu § 427 und Bem. Nr. 2 zu § 430, v. Bülow N. 2 zu § 430, Kleiner II S. 442, Puchelt II S. 138 f., Endemann II S. 338, Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 238, Boas eod. XXV S. 577, Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 502, Brettner eod. III S. 342, Bolgiano eod. V S. 199

N. 4, Troll Verſ.Urt. S. 146. AM. Hellmann Komm. II S. 341 u. Lehrb. S. 642. Deſſen Beweisführung aus § 283 Abſ. 2 iſt unſchlüſſig. Denn § 283 Abſ. 2 enthält den Vorbehalt „ſoweit nicht dieſes Geſetz ein anderes beſtimmt". Nun iſt aber gerade das die Frage, ob nicht das Geſetz, wenn auch nicht ausdrücklich, ſo doch implicite durch die Konſtruktion von Verſäumniszwiſchenurteilen hinſichtlich der Fortſetzung des Verfahrens ein anderes beſtimmt hat.] — Iſt ein zweites mit Einſpruch nicht mehr anfechtbares Verſäumniszwiſchenurteil nach § 310 ergangen, ſo iſt weitere Verhandlung zuläſſig. Denn ein derartiges Zwiſchenurteil iſt gar nicht ſelbſtändig, ſondern erſt durch Rechtsmittel gegen das Endurteil nach Maßgabe der §§ 473, 474, 510, 529 anfechtbar [vgl. Struckm. Koch N. 3 zu § 430, Boas a. a. O. S. 576, Bolgiano Ztſchr. f. d. CPr. V S. 202. Unrichtig Brettner eod. III S. 342].

f) Die Motive heben noch beſonders hervor: „Iſt der Termin zur Verhandlung eines Zwiſchenſtreits und zur Verhandlung der Hauptſache beſtimmt, ſo ergeht, wenn derſelbe verſäumt wird, ein Verſäumnisurteil zur Hauptſache — ein Verſäumnisendurteil. Erſcheint der Gegner des Antragſtellers im Zwiſchenſtreite in dem zur Verhandlung des letzteren und zur Verhandlung der Hauptſache beſtimmten Termine, verhandelt zur Hauptſache, aber nicht über den Zwiſchenſtreit, ſo liegt, wie im Falle des § 299, ein unvollſtändiges Verhandeln vor. Verſäumnisverfahren und Verſäumniszwiſchenurteil greifen nicht Platz; den Gegner des Antragſtellers treffen die Folgen unvollſtändigen Verhandelns; das Urteil, welches erlaſſen wird, iſt kontradiktoriſch."

Dieſe Sätze erleiden Ausnahmen im Falle des § 217 Abſ. 4 (cf. § 223 Abſ. 2) und im Falle des § 430.

Vierter Titel.

Vorbereitendes Verfahren in Rechnungsſachen, Auseinanderſetzungen und ähnlichen Prozeſſen.

1. Die Motive bemerken:

„Die Vorſchriften des Titels beruhen auf folgenden Gedanken:

I. In Rechnungsſachen, Auseinanderſetzungen und ähnlichen Prozeſſen handelt es ſich neben einem verwickelten Material von Thatſachen und Beweiſen vielfach um eine große Zahl von einzelnen Streitpunkten, welche in der mündlichen Verhandlung ſchwer zu überſehen und ohne unverhältnismäßige Verzögerung des Prozeſſes auch nicht getrennt vor einem Kollegium zu verhandeln ſind. Namentlich iſt dies der Fall, wenn über die Richtigkeit einer aus vielen einzelnen Poſten beſtehenden Rechnung oder eines umfangreichen Inventars geſtritten wird, bei Auseinanderſetzungen zwiſchen Pächter und Verpächter, Eigentümer und Nießbraucher, Trennung des Lehens vom Allod, bei Nachlaßregulierungen u. a. In beſonders verwickelten Fällen dieſer Art erſcheint es ebenſo einfach als natürlich, von den Vorteilen ſchriftlicher Inſtruktion des Prozeſſes Gebrauch zu machen. Demnach kann das Prozeßgericht auf Antrag oder von Amtswegen die Fortſetzung der Verhandlung einem Richterkommiſſar übertragen (§ 313), welcher das geſamte thatſächliche Material ſchriftlich und endgültig zu fixieren hat, ſo daß der nach der thatſächlichen Seite, in Angriff wie in Verteidigung, völlig abgeſchloſſene Rechtsſtreit lediglich zur Verhandlung über den Rechtspunkt und zur Entſcheidung (durch Endurteil, Teilurteil, Zwiſchenurteil oder Beweisbeſchluß) vor das erkennende Gericht zurückkehrt (§§ 315, 319). Der prinzipielle Gegenſatz zum gewöhnlichen Verfahren iſt damit gegeben; in dieſem bildet die mündliche Verhandlung die Grundlage für die richterliche Entſcheidung, in dem Ausnahmeverfahren erfolgt ſie auf Grund der Akten (§ 318); dort dienen die Schriftſätze lediglich zur Vorbereitung der Verhandlung des Rechtsſtreits vor dem zu ſeiner Entſcheidung berufenen Richter, hier iſt der Schwerpunkt des Prozeſſes in die ſchriftlich zu fixierende Verhandlung vor dem Gerichtskommiſſar verlegt, die ſonach in einem ganz anderen Sinn die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte vorbereitet; dort herrſcht der Mündlichkeit entſprechend

bei jeder mündlichen Verhandlung die freieste Bewegung im Vorbringen neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel, neuer Thatsachen und Beweise, hier die dem schriftlichen Prozesse eigentümliche Eventualmaxime; die Verhandlung vor dem Kommissar ist mit bindendem und präkludierendem Charakter bekleidet.

II. Das kommissarische Verfahren kann, wie die Vorschrift des § 250 ergiebt, nur in einem Verhandlungstermine und erst nach vorgängiger Erledigung etwaiger prozeßhindernder Einreden, übrigens aber bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache angeordnet werden. Die Verhandlung über prozeßhindernde Einreden dem Prozeßgerichte abzunehmen, dafür wird niemals ein Bedürfnis obwalten, da es sich hierbei entweder um reine Rechtsfragen oder durchaus einfache thatsächliche Verhältnisse handelt (hannov. Prot. XVI S. 6053, 6054; Baden § 344). Zudem bietet die erste vor dem Prozeßgerichte notwendig stattfindende Verhandlung ihren Nutzen bezüglich der Beendigung des Prozesses durch Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich, hinsichtlich der Berichtigung des Legitimationspunktes, der Aufstellung eines gemeinsamen Vertreters für mehrere Streitgenossen, der Erhebung und Erledigung von Inzidentpunkten aller Art, der Erklärung vonseiten eines Litisdenunziaten ꝛc.

III. Über unbestrittene und zur Endentscheidung reife Ansprüche (liquide Saldos — vgl. norddd. Prot. III S. 1194) kann das Prozeßgericht sowohl bei Anordnung des vorbereitenden Verfahrens als im späteren Verlaufe des Rechtsstreits (§ 318) durch Teilurteil erkennen (vgl. nordd. Entw. § 748).

IV. Das Verfahren vor dem Richterkommissar richtet sich nach den Vorschriften über das Verfahren vor den Amtsgerichten (§ 315 Abs. 2), so daß insbesondere Anwaltszwang in demselben nicht gilt (§ 74).

V. Das hier geordnete Verfahren vor dem beauftragten Richter findet nur in den bei Landgerichten anhängigen Sachen Anwendung, nicht in amtsgerichtlichen Sachen (§ 469)."

2. Nach RG. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit (RGBl. S. 197) § 15 kann das vorbereitende Verfahren vor dem Konsul und vor dem Konsulargericht angeordnet werden.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 20 Nr. 2, 28, GO. f. RA. §§ 6 Abs. 2, 25.

§ 313.

Stellt sich in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung oder gegen ein Inventar heraus, so kann das Prozeßgericht ein vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter anordnen.

Mot. S. 237–240. KPr. S. 115, 548.

1. Vgl. § 250. Das vorbereitende Verfahren kann nur nach zweiseitiger, mündlicher Verhandlung und zwar nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden angeordnet werden. Auch noch in der Berufungsinstanz (KPr. S. 238, Komm.Ber. v. 19. Okt. 1876 S. 7, Prot. d. 168. Sitz. S. 7); nicht in der Revisionsinstanz. Das vorbereitende Verfahren ist ein Notbehelf von dem nur in Ausnahmefällen Gebrauch zu machen ist. Eine Ausdehnung auf umfangreiche Prozesse überhaupt ist unstatthaft.

2. „Vor einem beauftragten Richter" d. i. vor einem Mitglied des Gerichts. In den Prozessen vor der Kammer für Handelssachen kann ein Handelsrichter damit beauftragt werden, denn er ist Gerichtsmitglied [AM. Kleiner II S. 214].

3. Weder gegen den Beschluß, welcher das vorbereitende Verfahren anordnet, noch gegen die Abweisung des Antrags darauf ist Beschwerde zulässig (arg. § 530, Mot. S. 240).

4. Ein Urteil auf Rechnungslegung oder Inventarserrichtung wird nach § 774 Abs. 1 vollstreckt. Wird die gelegte Rechnung oder das errichtete Inventar beanstandet, so kann sich

daraus ein neuer Prozeß entwickeln, in dessen Verlauf das vorbereitende Verfahren der §§ 313 ff. angeordnet werden kann.

§ 314.

Bei der Verkündung des Beschlusses, durch welchen das vorbereitende Verfahren angeordnet wird, ist durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter zu bezeichnen und der Termin zur Erledigung des Beschlusses zu bestimmen. Ist die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird dieser verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

Mot. S. 227—240. KPr. S. 115, 116, 548.

Der Beschluß wird verkündet, nicht zugestellt. Zu dem Termine vor dem beauftragten Richter ist eine Ladung nicht erforderlich, auch dann nicht, wenn bei Verkündung des Beschlusses die Terminsbestimmung unterblieb. Letzterenfalls bestimmt der beauftragte Richter den Termin von Amtswegen und läßt die Terminsbestimmung ohne das Formale der Ladung beiden Parteien von Amtswegen zustellen (s. Bem. Nr. 2 Ziff. III litt. i vor § 191). Da keine Ladung erfordert wird, so ist auch die Einhaltung der Ladungsfrist nicht geboten. Reicht ein Termin zur Erledigung des Beschlusses nicht aus, so setzt der beauftragte Richter den Termin zur Fortsetzung der Verhandlung an. Auch dazu bedarf es nicht der Ladung (Ausnahme: § 316).

§ 315.

In dem vorbereitenden Verfahren ist zu Protokoll festzustellen:

1) welche Ansprüche erhoben und welche Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend gemacht werden;
2) welche Ansprüche und welche Angriffs- und Verteidigungsmittel streitig oder unstreitig sind;
3) in Ansehung der bestrittenen Ansprüche und der bestrittenen Angriffs- und Verteidigungsmittel das Sachverhältnis nebst den von den Parteien bezeichneten Beweismitteln, den geltend gemachten Beweiseinreden, den abgegebenen Erklärungen über Beweismittel und Beweiseinreden und den gestellten Anträgen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche zur Anwendung kommen würden, wenn der Rechtsstreit vor einem Amtsgerichte anhängig wäre; dasselbe ist fortzusetzen, bis der Rechtsstreit selbst oder ein Zwischenstreit zur Erlassung eines Urteils oder eines Beweisbeschlusses reif erscheint.

Mot. S. 137—241. KPr. S. 116, 548.

1. Aus § 315 vgl. mit § 319 ergiebt sich, daß in dem vorbereitenden Verfahren nicht bloß die Ansprüche und die Bestreitungen von Ansprüchen, sondern schlechthin alles, was zu Angriff und Verteidigung dient, also insbesondere die zur Substanzierung der Ansprüche und der Verteidigung nötigen thatsächlichen Behauptungen, ferner alle Beweismittel, Beweiserklärungen und Beweiseinreden, letztere wieder mit thatsächlicher Substanzierung, bei Meidung der in § 319 angedrohten Präklusion vorgebracht werden müssen. Das Gesetz steht auf einem anderen Standpunkt als der Preuß. Entw. (§§ 785, 788, 789) und der Nordd. Entw. (§§ 744, 746), nach denen das vorbereitende Verfahren nur zur Sichtung der Ansprüche und der dagegen erhobenen Erinnerungen bestimmt war.

2. Für das Protokoll gelten die Vorschriften des § 145. Die Parteien dürfen das Protokoll nicht diktieren. Der Richter hat für die entsprechende Redaktion des Protokolls zu sorgen. Schriftsätze, welche von den Parteien in der Verhandlung überreicht werden, sind dem Protokoll als Anlagen beizufügen. Soweit solche Schriftsätze den Vorschriften des § 315 entsprechen, kann durch dieselben das Protokoll entlastet werden; denn nach § 146 Abs. 3 steht der Aufnahme in das Protokoll die Aufnahme in eine dem Protokoll als Anlage beigefügte Schrift gleich. Doch kann die Errichtung des Protokolls bei Überreichung von Schriftsätzen nicht unterbleiben und die Protokollierung nur soweit durch Anlagen ersetzt werden, als der Inhalt der Schriftsätze reicht (KPr. S. 116).

3. Zu Nr. 1: „Ansprüche" s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136. „Angriffs- und Verteidigungsmittel" s. Bem. Nr. 2 zu § 137. Sowohl materiellrechtliche, wie prozeßrechtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel müssen vorgebracht werden.

4. Zu Nr. 2: Ein Anspruch ist streitig, wenn derselbe nicht anerkannt ist; ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel ist streitig, wenn die zu dessen Begründung angeführten thatsächlichen Behauptungen oder die daraus gezogenen Rechtsfolgerungen bestritten sind.

5. Zu Nr. 3: Die Bezeichnung der Beweismittel muß den Vorschriften des sechsten bis zehnten Titels entsprechen. Die Beweismittel müssen individuell bezeichnet werden.

6. Zu Abs. 2: Der beauftragte Richterkommissar hat alle nach §§ 130, 132—135, 142—145, 464 dem Vorsitzenden bzw. Amtsrichter in Bezug auf die Prozeßleitung gewährten Befugnisse; er hat dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen. — In der Verhandlung muß ein Zeitpunkt eintreten, wo entweder ein Beweisbeschluß oder ein Urteil über den Streit oder einen Zwischenstreit (s. § 275) erfolgen muß. Ist dieser Zeitpunkt gekommen, so ist das vorbereitende Verfahren zu Ende. Es ist möglich, daß das vorbereitende Verfahren dem beauftragten Richter bis zu jenem Stadium durchgeführt erscheint, während das Prozeßgericht eine Ergänzung für nötig hält. Dann kann dieses die Fortsetzung des vorbereitenden Verfahrens anordnen, sofern sich nicht die Ergänzung in der mündlichen Schlußverhandlung erreichen läßt.

7. Widerklagen können während des vorbereitenden Verfahrens erhoben werden; sie werden anhängig durch den Vortrag im Termine vor dem beauftragten Richter [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 129].

§ 316.

Erscheint eine Partei in einem Termine vor dem beauftragten Richter nicht, so hat dieser das Vorbringen der erschienenen Partei in Gemäßheit der Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen zu Protokoll festzustellen und einen neuen Termin anzuberaumen. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine unter Mitteilung einer Abschrift des Protokolls zu laden.

Erscheint die Partei auch in dem neuen Termine nicht, so gelten die in dem zugestellten Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen des Gegners als zugestanden und ist das vorbereitende Verfahren bezüglich derselben nicht weiter fortzusetzen.

Mot. S. 240–242. KPr. S. 116, 548.

1. Bleiben beide Parteien in dem Termine vor dem beauftragten Richter aus, so ruht das Verfahren (§ 228), da die kommissarische Verhandlung materiell Fortsetzung der Hauptverhandlung ist (Mot. S. 241, nordd. Prot. III S. 1193). Erscheint nur eine Partei, so verhandelt diese allein. Dann wird ein neuer Termin von Amtswegen anberaumt. Zu

diesem Termin muß die nicht erschienene Partei durch die erschienene [Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 666 ff., 834. AM. Baron Ztschr. f. d. CPr. I S. 403 ff.] unter Mitteilung einer Protokollsabschrift und Einhaltung der Ladungsfrist geladen werden (vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. IV Abs. 2 vor § 191). Die Ladung kann durch den Gerichtsschreiber vermittelt werden (§ 462). — Es kann vorkommen, daß in dem ersten Termin nur der Kläger, in dem zweiten nur der Beklagte, in dem dritten nur der Kläger &c. erscheint und daß auf diese Weise das Verfahren durchgeführt wird.

2. Erscheint die in dem früheren Termine ausgebliebene Partei (einerlei ob Kläger oder Beklagter) auch in dem neuen Termine nicht, so tritt unter der Voraussetzung der rechtzeitigen und ordnungsmäßigen Ladung durch den Gegner und der Mitteilung des Protokolls die Versäumnisfolge des § 296 ein. Die Partei wird mit dem Bestreiten der in dem zugestellten Protokoll enthaltenen thatsächlichen Behauptungen ausgeschlossen. Das vorbereitende Verfahren darüber ist zu Ende. Dies gilt jedoch nur, soweit es sich um eine zweimalige denselben Punkt betreffende Versäumung vor dem Kommissar handelt. Werden in dem zweiten Termine seitens der erschienenen Partei neue Ansprüche oder neue Thatsachen vorgebracht, so ist bezüglich dieser das vorbereitende Verfahren fortzusetzen. Dann ist der säumigen Partei immer noch Gelegenheit geboten, sich über das neue Vorbringen zu erklären. Was eine Partei bereits früher zu Protokoll erklärt hatte, wird übrigens durch ihre spätere zweimalige Säumnis nicht berührt und bleibt ihr für die mündliche Verhandlung vor dem Prozeßgericht gewahrt.

Gegen die Versäumnisfolge des § 316 giebt es keinen Einspruch und keine Restitution. In der Berufungsinstanz wirkt dieselbe nicht fort; s. Bem. Nr. 4 zu 319.

§ 317.

Nach dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens ist der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

Mot. S. 238–240. KPr. S. 176, 548.

Ist das vorbereitende Verfahren geschlossen, so legt der beauftragte Richter dem Vorsitzenden der Kammer die Akten vor, worauf dieser ex officio Termin zur mündlichen Verhandlung ansetzt und die Terminsbestimmung beiden Parteien von Amtswegen zustellen läßt. Bei dieser Bekanntgabe bedarf es nicht des Formales der Ladung (s. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191, S. 234), daher auch nicht der Beobachtung der Ladungsfrist.

§ 318.

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens auf Grund des Protokolls vorzutragen.

Ist eine Partei nicht erschienen, so sind Ansprüche, welche sich in dem vorbereitenden Verfahren als unstreitig ergeben haben, durch Teilurteil zu erledigen. Im übrigen ist auf Antrag ein Versäumnisurteil zu erlassen.

Mot. S. 238–242. KPr. S. 116, 117, 548.

1. Die Bem. Nr. 4 zu § 258 findet auf den Parteivortrag des § 318 Abs. 1 sinngemäße Anwendung. In den Vortrag des Ergebnisses des vorbereitenden Verfahrens haben sich die Parteien ihren Parteirollen gemäß zu teilen.

2. a) Ist im Termin vor dem Prozeßgericht der Kläger nicht erschienen, so ergeht ohne Antrag bezüglich der von dem Beklagten im vorbereitenden Verfahren anerkannten Ansprüche ein Teilurteil, welches zu Gunsten des ausgebliebenen Klägers den Beklagten verur-

teilt. Dieses Urteil ist kein Vers.Urteil. Im übrigen ist auf Antrag des Beklagten der Kläger mit der Klage durch Vers.Urteil gemäß § 295 abzuweisen. b) Ist der Beklagte nicht erschienen, so ergeht bezüglich der von ihm in dem vorbereitenden Verfahren anerkannten Ansprüche des Kläger Teilurteil. Dieses ist kein Vers.Urteil. Im übrigen ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen und gemäß § 296 Abs. 2 zu erkennen. Vorherige Mitteilung durch Schriftsatz ist nicht erforderlich, soweit Feststellung zu Protokoll stattfand. Regelmäßig ist der Kläger auf das, was zum Protokoll festgestellt ist, beschränkt. Nur unter der Voraussetzung des § 319 Abs. 2 kann er neues vorbringen; das müßte durch Schriftsatz mitgeteilt werden. c) In beiden Versäumnisfällen kann das nicht als Vers.Urt. ergehende Teilurteil nur die nach dem positiven Protokollinhalt ausdrücklich anerkannten, also nicht solche Ansprüche erledigen, deren thatsächliche Begründung ohne Anerkenntnis des Anspruchs eingeräumt ist. Daraus folgt, daß ein Teilurteil auf Grund des Präjudizes des § 316 Abs. 2 unmöglich ist. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2 zu § 318, Gaupp II S. 220 f., Petersen S. 528. Unrichtig: Endemann II S. 177, Kleiner II S. 148.] Die nach § 316 Abs. 2 eingetretene Präklusion ist für das Vers.Urteil ohne Bedeutung. d) Soweit das Urteil Versäumnisurteil ist, kann es durch Einspruch angefochten werden. Der Einspruch versetzt in die frühere Prozeßlage zurück; die nach § 316 Abs. 2 eingetretene Präklusion wird dabei wieder bedeutsam.

§ 319.

Eine vor dem beauftragten Richter unterbliebene oder verweigerte Erklärung über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen kann in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgeholt werden. Erklärungen einer vor dem beauftragten Richter erschienenen Partei sind nur insoweit als unterblieben anzusehen, als die Partei von dem Richter zur Abgabe einer Erklärung aufgefordert worden ist.

Ansprüche, Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden, welche zum Protokolle des beauftragten Richters nicht festgestellt sind, können in der mündlichen Verhandlung nur geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß dieselben erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden seien.

Mot. S. 238–242. KPr. S. 116–118, 548. Kommissionsbericht vom 19. Okt. 1876 S. 7. Prot. der 168sten Sitzung S. 7, 8. Prot. der 169sten Sitzung S. 11.

1. § 319 hat nur Bedeutung für den Fall kontradiktorischer Schlußverhandlung vor dem Prozeßgerichte.

2. Abs. 1 spricht die Präklusion aller vor dem beauftragten Richter unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatsachen (§ 129), Urkunden (§ 404), Eideszuschiebungen (§ 417) für die mündliche Schlußverhandlung aus. Es treten sonach die Rechtsfolgen, welche die §§ 129 Abs. 2, 404 Abs. 2, 417 Abs. 2 auf die Nichtabgabe einer Erklärung setzen, ein, ohne daß dagegen in der Instanz eine Abhülfe möglich wäre. Dafür, daß die Präklusion nicht zu scharf wirke, sorgt der zweite Satz des Abs. 1. Infolge unterbliebener Erklärung ist eine Thatsache als zugestanden, eine Urkunde als anerkannt, ein Eid als verweigert nur anzusehen, wenn in dem Protokoll des beauftragten Richters festgestellt ist, daß die Partei zur Erklärung über die Thatsache, die Urkunde, den Eid aufgefordert worden ist (KPr. S. 117, 118). Vgl. a. § 468.

3. Während im gewöhnlichen Verfahren durch Erweiterung der Klage Klagänderung,

Widerklage, Inzidentklage und -widerklage neue Ansprüche (Anträge), sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel einschließlich von Beweismitteln und Beweiseinreden (§ 251, 256) bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden können, tritt nach § 319 Abs. 2 mit dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens die Präklusion ein. Nur aus dem restitutionsähnlichen Grunde, daß ein Anspruch, ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel, ein Beweismittel oder eine Beweiseinrede erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei, und nur bei Glaubhaftmachung (§ 266) dieses Grundes werden jene Prozeßhandlungen nachträglich zugelassen. Ob die nachträgliche Zulassung zu gestatten ist, darüber hat das Gericht von Amtswegen zu befinden. Die Einwilligung des Gegners genügt nicht; denn Versäumnisfolgen können durchweg nicht durch Einwilligung des Gegners gehoben werden [vgl. a. Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 212 N. 5. A. M. Struckm. Koch N. 4]. Über zugelassene Nova ist der Gegner natürlich zu hören. Sollte sich das Verfahren wieder komplizieren, so kann neue kommissarische Verhandlung angeordnet werden.

4. Die nach § 319 Abs. 2 eingetretene Präklusion wirkt nicht für die Berufungsinstanz, (Komm.-Ber. S. 7.) In der 168. Sitz. d. JK. d. RT. war angeregt worden, in einem Zusatz zu bestimmen, daß die Wirkungen des § 319 auch für die Berufungsinstanz fortdauern. Aber eine solche Bestimmung ward nicht getroffen (Prot. der 169. Sitz. S. 11). [So auch Stegemann Mag. f. DR. IV S. 68 ff., OLG. Hamburg SA. XL Nr. 67, OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 348.]

Fünfter Titel.

Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

§ 320.

Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte. Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, findet nicht statt.

Mot. S. 243. KPr. S. 118, 548.

Litteratur: v. Kries das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverf. d. D. Proz.-Ordnungen Ztschr. f. d. g. StrRW. VI S. 88 ff.

1. Daß die Beweisaufnahme regelmäßig vor dem Prozeßgerichte erfolgt, steht im Zusammenhang mit den Grundsätzen der Unmittelbarkeit der Verhandlung und der freien Beweiswürdigung. Die im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen sind in den §§ 337, 340, 347, 370, 399, 441 enthalten. Insoweit das Gesetz ausnahmsweise gestattet, daß die Beweisaufnahme vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder vor einem anderen Gerichte stattfinde, hat das Prozeßgericht zu ermessen, ob von unmittelbarer Beweisaufnahme abzusehen und ob die Beweisaufnahme einem Mitglied des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen sei. Wird die Beweisaufnahme durch Beweisbeschluß angeordnet, so ist der Beschluß auf Übertragung der Beweisaufnahme mit dem Beweisbeschluß zu verbinden. Ist im Beweisbeschluß Übertragung nicht angeordnet, so kann auf Grund neuen Vorbringens nach neuer mündlicher Verhandlung solche Anordnung beschlossen werden. Wird durch bedingtes Endurteil auf Eid erkannt, so ist die Anordnung, daß die Eidesleistung vor einem beauftr. oder ers. Richter stattfinde (§ 441), erst nach Rechtskraft des Urteils durch Beschluß zu erlassen

[RG. 23. Okt. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1151]. Da Entscheidung ohne mündliche Verhandlung in Bezug auf Anordnung mittelbarer Beweisaufnahme nicht vorgesehen ist, so kann der Beschluß nur nach mündl. Verhandlung erfolgen [AM. in Bezug auf solche Anordnung RG. 11. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 101 S. 412]. Der Beschluß, durch welchen eine Übertragung der Beweisaufnahme oder entgegen einem Antrage auf Übertragung die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht angeordnet wird, kann von den Parteien nicht angefochten werden, unterliegt daher weder der Beschwerde noch der Beurteilung des Berufungs- und Revisionsgerichts (§ 473, 510). [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 224, Petersen S. 532, RG. 12. Febr. 1884 Entsch. XI Nr. 97 S. 377. Die von Endemann II S. 183 und in den früheren Aufl. vertretene Ansicht, daß der Beschluß, welcher Übertragung der Beweisaufnahme anordnet, wegen Unzulässigkeit der Übertragung anfechtbar sei, dürfte mit Rücksicht auf das weite diskretionäre Ermessen des Gerichts nicht von praktischer Bedeutung sein.]

Das Prozeßgericht kann den Beschluß nach mündlicher Verhandlung zurücknehmen; es kann eine Wiederholung der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht beschließen, soweit solche nicht, wie bei Eidesleistung, durch die Art der Beweisaufnahme ausgeschlossen ist.

2. „Einem Mitgliede des Prozeßgerichts". Dies kann auch ein nicht bei dem Beweisbeschluß beteiligtes Mitglied sein. In Prozessen vor den Handelskammern kann auch ein Handelsrichter beauftragt werden.

3. „Einem andern Gerichte", d. i. dem Amtsgerichte, in dessen Bezirk die Amtshandlung vorgenommen werden soll (GVG. § 158, vgl. a. § 441 Abs. 2). Das Kollegialgericht kann auch dem am Sitze desselben befindlichen Amtsgericht die Beweisaufnahme übertragen. Auf die Beweisaufnahme im Auslande (§§ 328, 329) bezieht sich § 320 und beziehen sich die §§ 337, 340, 347, 370, 399, 441 überhaupt nicht [RG. 8. Mai 1880 Entsch. II Nr. 100 S. 373]. — Wegen Ablehnung des Ersuchens s. GVG. § 159.

§ 321.

Steht der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegen, so ist auf Antrag eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

Mot. S. 244. KPr. S. 118, 548.

1. § 321 wird insbesondere anzuwenden sein, wenn die Beweisantretung sich auf abwesende, weit entfernte oder schwer zu ermittelnde Zeugen oder auf Urkunden bezieht, welche nicht sogleich aufzufinden oder von den Besitzern nicht sofort oder nur auf dem Wege eines besonderen Editionsprozesses (§ 396) zu erlangen sind, und dgl. Die Bestimmung und die Länge der Frist steht im richterlichen Ermessen. Die Frist kann verlängert werden (§§ 202 ff.), hat aber peremptorische Natur, so daß ihre Versäumung kraft Gesetzes, ohne richterlichen Ausspruch, die Ausschließung des betreffenden Beweismittels zur Folge hat (§§ 208, 209). Die nachträgliche Benutzung des Beweismittels ist mit des Gegners Genehmigung stets, ohne dessen Einwilligung aber nur dann zulässig, wenn das Verfahren durch nichts verzögert wird. Ein zufolge Ablaufs der Frist in der ersten Instanz ausgeschlossenes Beweismittel kann in der Berufungsinstanz benutzt werden.

2. Die Frist kann nur nach mündlicher Verhandlung durch Beschluß bestimmt werden. Beschwerde ist nicht zulässig. — Nach Ablauf der Frist wird nicht von Amtswegen Termin bestimmt, sondern die Parteien haben den Prozeß zu betreiben (Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. i vor § 191, S. 233).

§ 322.

Den Parteien ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen.

Mot. S. 244. KPr. S. 118, 548.

1. Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht, so kann im Anwaltsprozeß die ohne Anwalt erschienene Partei auf die Beweisaufnahme nicht einwirken; sie gilt als nicht erschienen. Nach § 128 Abs. 4 kann die mit Anwalt erschienene Partei das Wort verlangen. Wegen des Rechts, Fragen zu stellen, s. § 362 (cf. § 367). Prozeßunfähige Parteien haben nicht das Recht, der Beweisaufnahme beizuwohnen [RG. 5. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1094].

2. Für die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter besteht auch in Anwaltsprozessen kein Anwaltszwang (§ 74 Abs. 2). Bei einer Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht im Parteiprozesse sowie bei jeder Beweisaufnahme vor einem beauftr. oder ers. Richter können die Parteien selbst erscheinen oder sich durch Prozeßbevollmächtigte vertreten lassen (§ 75), auch Beistände mitbringen (§ 86).

3. Nach EG. § 5 kann durch Landesgesetz die Befugnis der Parteien, der Vernehmung oder Beeidigung von Landesherren, Mitgliedern der landesherrlichen Familien und der fürstl. Familie Hohenzollern anzuwohnen, für das betreffende Territorium ausgeschlossen werden.

§ 323.

Erfordert die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren, so ist dasselbe durch Beweisbeschluß anzuordnen.

Mot. S. 195—204, 244. KPr S. 118, 548.

1. Die Beweisaufnahme erfordert kein besonderes Verfahren, z. B. wenn in der mündlichen Verhandlung die Urkunde vorgelegt wird, die Zeugen oder Sachverständigen ohne Ladung erschienen sind, der Gegenstand der Augenscheinseinnahme vorgelegt ist.

2. Über die Natur des Beweisbeschlusses vgl. die §§ 255—257 nebst den Bemerkungen.

§ 324.

Der Beweisbeschluß enthält:

1) die Bezeichnung der streitigen Thatsachen, über welche der Beweis zu erheben ist;

2) die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen;

3) die Bezeichnung der Partei, welche sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen auf das Beweismittel berufen hat;

4) die Eidesnorm, wenn die Abnahme eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides angeordnet wird.

Mot. S. 30—36, 244, 245. KPr. S. 125, 548.

1. Da in demselben Prozesse mehrere Beweisbeschlüsse erlassen werden können, so hat das Gericht es in der Hand, zunächst einen Beweisbeschluß in Bezug auf die Behauptungen des Klägers zu erlassen, dann, falls das Ergebnis dieser Beweisaufnahme es noch erfordert, zum Beweise der Einreden des Beklagten fortzuschreiten u. s. w. Doch kann das Gericht auch über das gesammte streitig gebliebene thatsächliche Material zugleich Beweis anordnen und eventuell, jedoch immer erst nach mündlicher Verhandlung, den teilweise unerledigten Beweisbeschluß zurücknehmen, wenn der Rechtsstreit (z. B. durch negatives Ergebnis der Beweisaufnahme bezüglich des Klagegrundes) spruchreif ist. Auch das ist nicht ausgeschlossen, daß der

Beweisbeschluß sich zunächst nur auf die Einredebehauptungen des Beklagten erstreckt, während beweisbedürftige Klagebehauptungen in suspenso bleiben.

2. Zu Nr. 1: Die Bezeichnung der streitigen Thatsachen, über welche Beweis zu erheben ist, muß im Anschluß an die Behauptungen der Partei geschehen. Was nicht behauptet ist, darüber keine Beweiserhebung (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 255). Die Bezeichnung braucht aber nicht wörtlich dem Vorbringen der Parteien entsprechen. Es wird oft nötig sein, das Wesentliche dieses Vorbringens von Unwesentlichem zu scheiden und dadurch die Form der Parteibehauptungen umzugestalten. Der Gebrauch gemeinverständlicher, juristischer Begriffe im Beweissatze ist zulässig. Da durch den Beweisbeschluß neue Behauptungen nicht präkludiert sind, so kann natürlich auch ein Beweisergebnis, welches von dem Beweisthema abweicht, von den Parteien benutzt werden.

3. Zu Nr. 2: Die Zeugen und die Sachverständigen sind nach Namen, Stand und Wohnort zu benennen. — Ausnahmen: §§ 337 Abs. 2, 370.

4. Zu Nr. 3: Nicht die Partei, welche beweispflichtig ist, sondern diejenige, welche das Beweismittel zum Beweise oder zum Gegenbeweise geltend gemacht hat, ist zu nennen.

5. Zu Nr. 4: Auf die Leistung eines Eides ist regelmäßig durch bedingtes Endurteil zu erkennen (§ 425); die Ausnahmen s. §§ 426 und 558 Abs. 4. Die Leistung eines richterlichen Eides (§ 437) kann niemals durch Beweisbeschluß angeordnet werden (§ 439 Abs. 2).

6. Im Beweisbeschlusse ist auszusprechen, ob die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht oder durch einen beauftr. oder ers. Richter oder nach § 329 erfolgen soll. Bei Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht ist von Amtswegen Termin zu bestimmen.

§ 325.

Vor Erledigung des Beweisbeschlusses kann von keiner Partei eine Änderung desselben auf Grund der früheren Verhandlungen beantragt werden.

Mot. S. 30—36, 245. KPr. S. 125, 548.

1. Die Motive bemerken: „Die Vorschrift des § 325 rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die Erledigung des Beweisbeschlusses, als einer richterlichen, prozeßleitenden Verfügung, nicht durch Abänderungsanträge gestört und verzögert werden darf (vgl. hannov. Prot. VI S. 2032 ff., XV 5591—5599, nordd. Prot. II S. 645). Keine der Parteien soll mit der Behauptung den Beweisbeschluß anfechten dürfen, es habe auf Grund der dem letzteren vorangegangenen Verhandlungen kein oder ein anderer Beweis angeordnet werden müssen. Wenn dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß die Partei auf Grund neuer Momente eine Ausdehnung des Beweisbeschlusses in Antrag bringen kann, die sich dann als ein neuer Beweisbeschluß qualifizieren würde, so wird sie unter Umständen auch mit dem Verlangen zu hören sein, daß zur Ersparung von Zeit und Kosten mit der weiteren Beweisaufnahme eingehalten werde, wie dies in den häufigen Fällen geschehen mag, wo durch Erhebung eines Teils des in größerem Umfange angeordneten Beweises die Entscheidung schon gegeben, z. B. eines von mehreren streitigen Klagefundamenten, eine von mehreren durchgreifenden Einwendungen erwiesen und damit jeder weitere Beweis erübrigt ist.

Für das Gericht folgt die Befugnis, den Beweisbeschluß überhaupt nicht oder nicht vollständig auszuführen, ohne weiteres aus der Natur des letzteren als eines prozeßleitenden, jederzeit abänderlichen Dekrets."

2. Die Bedeutung des § 325 ist trotz der vorstehenden Erläuterung der Motive nicht über Zweifeln erhaben. Bedenken erregen die Worte „vor Erledigung des B." Nach Erledigung des Beweisbeschlusses kann von einer Änderung desselben überhaupt nicht mehr die Rede sein, sondern nur von einem neuen Beweisbeschlusse bzw. von einem Urteil, welches mit dem früheren Beweißbeschluß inhaltlich nicht im Einklang steht. Daß nach Erledigung eines Beweisbeschlusses auf Grund mündlicher Verhandlung ein neuer Beweisbeschluß beantragt und

erlassen werden kann, ergiebt sich doch wohl schon aus §§ 251, 256 und per. arg. a contr. aus § 289; denn der Beweisbeschluß bildet keine Cäsur des Verfahrens und bindet weder das Gericht noch die Parteien. Die Worte „vor Erledigung des B." sind also nicht zu urgieren. Vielmehr muß der Ton darauf gelegt werden, daß Anträge auf Änderung eines Beweisbeschlusses „auf Grund der früheren Verhandlungen" ausgeschlossen werden sollen, während solche Anträge auf Grund neuer Verhandlungen zulässig sind. Neue Verhandlungen sind aber nicht in dem Sinne zu verstehen, daß es genügt, wenn überhaupt noch eine mündliche Verhandlung vor dem Prozeßgerichte stattfand — denn sonst hätte die Vorschrift keine Bedeutung, weil jede Partei die andere auch nach einem Beweisbeschlusse zu mündlicher Verhandlung laden kann [irrtümlich wird das von Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 17 bestritten], sondern neue Verhandlungen sind diejenigen, durch welche neue Angriffs-, Verteidigungs-, Beweismittel oder Beweisergebnisse vorgebracht werden. Will also eine Partei vor Erledigung des Beweisbeschlusses eine Änderung desselben herbeiführen, so muß sie die Gegner zur mündl. Verhandlung vor das Prozeßgericht laden; der Vorsitzende darf die Terminsbestimmung nicht versagen. Einer Ladung bedarf es nicht, wenn die Beweiserhebung vor dem Prozeßgerichte stattfindet. Bringt sie in dem Termine Neues vor, so kann das Gericht eine Änderung beschließen [vgl. RG. 30. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 101 S. 369, wo anerkannt ist, daß § 325 dem Antrag auf Zurücknahme eines Beweisbeschlusses auf Eidesleistung wegen prozessualischer Unzulässigkeit dieses Beschlusses nicht im Wege steht.] Wird aber Neues in der Verhandlung nicht vorgebracht, so ist der Antrag auf Abänderung zu verwerfen. Übrigens kann das Gericht von Amtswegen den Beweisbeschluß abändern, jedoch nur nach neuer mündlicher Verhandlung.

§ 326.

Soll die Beweisaufnahme durch ein Mitglied des Prozeßgerichts erfolgen, so wird bei Verkündung des Beweisbeschlusses durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter bezeichnet und der Termin zur Beweisaufnahme bestimmt.

Ist die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird derselbe verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

Der Vorsitzende hat, wenn die Beweisaufnahme durch ein Mitglied des Prozeßgerichts erfolgen soll, in der Regel den Termin zur Beweiserhebung zu bestimmen. Die Verkündung gilt auch gegenüber der nicht erschienenen Partei (§ 195). Ist bei Verkündung des Beweisbeschlusses die Terminsbestimmung unterblieben, so hat der beauftragte Richter von Amtswegen einen Termin zu bestimmen und die Terminsbestimmung den Parteien zustellen zu lassen. Einer Ladung bedarf es nicht; daher keine Ladungsfrist (Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191). Fortsetzungstermine sind gleichfalls von Amtswegen zu bestimmen (§ 333).

§ 327.

Soll die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht erfolgen, so ist das Ersuchungsschreiben von dem Vorsitzenden zu erlassen.

Die auf die Beweisaufnahme sich beziehenden Verhandlungen werden in Urschrift von dem ersuchten Richter dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts übersendet, welcher die Parteien von dem Eingange benachrichtigt.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. § 327 betrifft die Fälle, in denen die Beweisaufnahme einem inländischen Gericht („ersuchten Richter") übertragen ist. Von Beweisaufnahmen im Auslande handelt § 328.

2. Das Ersuchungsschreiben ist von dem Vorsitzenden der Kammer oder des Senats bzw. von dem mit der Sache befaßten Einzelrichter zu erlassen. Dasselbe ist von Amtswegen durch den Gerichtsschreiber zu expedieren. Die Gerichtsakten sind soweit, als sie zur Beweisaufnahme nötig sind, beizulegen.

3. Über die Beweisaufnahmen und die sonstigen Verhandlungen vor dem ersuchten Richter ist ein den §§ 145—149 entsprechendes Protokoll unter Zuziehung des Gerichtsschreibers (§ 151) aufzunehmen. Dieses Protokoll nebst etwaigen bei dem ersuchten Richter überreichten Schriftsätzen, Urkunden ꝛc. ist nach Erledigung des Ersuchens von Amtswegen dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts zu übersenden. Dieser benachrichtigt die beiden Parteien von dem Eingange. Die Benachrichtigung bedarf nicht der Form der Zustellung; sie kann formlos, also auch durch ein zur Post gegebenes Schreiben oder durch Vorzeigedekret geschehen. Wegen Bestimmung des Verhandlungstermins s. § 335 Abs. 2.

§ 328.

Soll die Beweisaufnahme im Auslande erfolgen, so hat der Vorsitzende die zuständige Behörde um Aufnahme des Beweises zu ersuchen.

Kann die Beweisaufnahme durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. Auf die Expedition des Ersuchungsschreibens findet Bem. Nr. 2 zu § 327 entsprechende Anwendung. Ob direkter Verkehr mit der ausländischen Behörde gestattet, oder eine Vermittelung durch die Justizverwaltung nötig ist, richtet sich nach den Landesgesetzen. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 182.

2. Unter der zuständigen Behörde ist diejenige zu verstehen, welche nach der Gerichtsverfassung des fremden Staats Ersuchungsschreiben dieser Art entweder selbst zu erledigen oder deren Erledigung zu veranlassen hat. — Wegen Zeugenvernehmung in England s. Parl.-Akte v. 29. Juli 1856 in Preuß. JMBl. 1866 S. 181 ff. Zeugenvernehmungen können auf ein durch die deutsche Gesandtschaft zu attestierendes Ersuchungsschreiben der Gerichtsbehörden veranlaßt werden.

3. Kann die Beweisaufnahme durch einen Reichskonsul erfolgen, so muß dieser ersucht werden. Nach RG. v. 6. Nov. 1867 betr. die Organisation der Bundeskons. § 20 sind zur Abhörung von Zeugen und zur Abnahme von Eiden nur die Reichskonsuln befugt, welche dazu vom Reichskanzler besonders ermächtigt sind. Vgl. a. RG. v. 10. Juli 1879 über die Kons.-Gerichtsbarkeit. Die Reichskonsuln haben die Bestimmungen der CPrO. zur Anwendung zu bringen (RG. v. 10. Juli 1879 §§ 12, 14, 15, 41). Wegen Beschränkung der Konsulargerichtsbarkeit in Egypten s. RGBl. 1874 S. 23, 1875 S. 381, 1880 S. 145. — Gesandte sind nicht befugt zur Beweisaufnahme, soweit ihnen nicht nach § 5 des RG. v. 10. Juli 1879 die Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit übertragen ist.

4. Benachrichtigung der Parteien von dem Eintreffen der ausländischen Beweisverhandlungen ist nicht vorgeschrieben, aber wohl zweckmäßig. Wegen Bestimmung des Verhandlungstermins s. § 335 Abs. 2.

§ 329.

Wird eine ausländische Behörde ersucht, den Beweis aufzunehmen, so

kann das Gericht anordnen, daß der Beweisführer das Ersuchungsschreiben zu besorgen und die Erledigung des Ersuchens zu betreiben habe.

Das Gericht kann sich auf die Anordnung beschränken, daß der Beweisführer eine den Gesetzen des fremden Staates entsprechende öffentliche Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen habe.

In beiden Fällen ist in dem Beweisbeschlusse eine Frist zu bestimmen, binnen welcher von dem Beweisführer die Urkunde auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist kann die Urkunde nur benutzt werden, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

Der Beweisführer hat den Gegner, wenn möglich, von dem Orte und der Zeit der Beweisaufnahme so zeitig in Kenntnis zu setzen, daß derselbe seine Rechte in geeigneter Weise wahrzunehmen vermag. Ist die Benachrichtigung unterblieben, so hat das Gericht zu ermessen, ob und inwieweit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt sei.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. Von den in § 329 eingeräumten Befugnissen wird das Gericht Gebrauch machen, wenn der unmittelbaren Requisition der ausländischen Behörde Bedenken entgegenstehen, z. B. wenn es zweifelhaft ist, ob und wo eine solche Behörde vorhanden oder wie dieselbe zu bezeichnen ist (vgl. hannov. Prot. VII S. 2302 ff., 2308, 2311); ferner, wenn nach den ausländischen Gesetzen bei den dortigen Behörden (z. B. in Holland) die Beweisaufnahme von dem Beweisführer selbst betrieben werden muß (Mot. S. 246; vgl. hannov. Prot. VII S. 2245, preuß. JMBl. 1866 S. 182 und Voigt Arch. f. HR. IV S. 492).

Die Anwendung des § 329 ist nicht von einen Antrag abhängig.

2. Im Falle des Abs. 1 und 2 ist im Beweisbeschlusse eine von dessen Verkündung laufende richterliche Frist zu bestimmen. Auf diese Frist sowie auf nachträgliche Benutzung der Beweisaufnahme findet Bem. Nr. 1 zu § 321 entsprechende Anwendung. Der Verhandlungstermin wird nicht von Amtswegen bestimmt. Jede Partei kann den Gegner laden. Vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. i vor § 191 [Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 676].*

3. Für die Benachrichtigung des Gegners ist nicht die Form der Zustellung gefordert. Ist die Benachrichtigung ganz unterblieben oder nach der Ansicht des Prozeßgerichts nicht rechtzeitig erfolgt, so steht die Benutzbarkeit der Beweisverhandlung für (nicht gegen) den Beweisführer im richterlichen Ermessen. Die Entscheidung über die Benutzbarkeit kann nur nach mündlicher Verhandlung durch Zwischen- oder Endurteil erfolgen. — Auf eine nicht dem Beweisführer zur Besorgung überlassene, sondern von Amtswegen betriebene Beweisführung findet § 329 Abs. 4 nicht Anwendung [RG. 8. Mai 1880 Entsch. II Nr. 100 S. 374].

§ 330.

Der beauftragte oder ersuchte Richter ist ermächtigt, falls sich später Gründe ergeben, welche die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht sachgemäß erscheinen lassen, dieses Gericht um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen. Die Parteien sind von dieser Verfügung in Kenntnis zu setzen.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. Gründe, welche den beauftr. od. ers. Richter veranlassen können, ein anderes Gericht um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen, sind z. B. Entfernung der Zeugen aus dem Gerichtsbezirke, eine mit dem zu besichtigenden Gegenstande vorgenommene Ortsveränderung &c.

Ohne später sich ergebende, d. i. bei der Beschlußfassung nicht erwogene, wenn auch schon vorhandene Gründe kann der beauftr. od. ers. Richter den Auftrag nicht weiter geben. Genehmigung des Prozeßgerichts ist nicht notwendig. Natürlich kann der beauftr. od. ers. Richter dem Prozeßgericht die Sachlage vorstellen und die Zurücknahme der früheren Anordnung veranlassen.

2. Die Verfügung des beauftr. od. ers. Richters, welche ein anderes Gericht um die Aufnahme des Beweises ersucht, ist nicht zuzustellen; es genügt formlose Benachrichtigung.

3. Die Subrequisition kann nur an ein inländisches Gericht ergehen. Dieses kann das Ersuchen nur aus den Gründen des GVG. § 159 ablehnen.

§ 331.

Erhebt sich bei der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ein Streit, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Entscheidung der Richter nicht berechtigt ist, so erfolgt die Erledigung durch das Prozeßgericht.

Der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. Der beauftragte oder ersuchte Richter ist berechtigt: a) gemäß § 207 über Anträge auf Terminsverlegung und Vertagung, Ansetzung eines Fortsetzungstermins zu entscheiden; b) die in § 365 (cf. § 367) speziell bezeichneten Entscheidungen zu treffen; c) im Falle, daß die Ernennung der Sachverständigen dem beauftragten oder ersuchten Richter überlassen war (§§ 337 Abs. 2, 370), gemäß § 371 Abs. 4 über Gesuche um Ablehnung eines Sachverständigen zu entscheiden. Bei allen anderen Streitigkeiten, von deren Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängt (z. B. darüber, ob ein Zeuge beeidigt werden darf, über Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens §§ 354, 367), ist die Entscheidung des Prozeßgerichts einzuholen.

2. Ist die Entscheidung des Prozeßgerichts nötig, so leitet der beauftragte oder ersuchte Richter seine Akten zurück. Das Prozeßgericht bestimmt Termin zur Verhandlung über den Zwischenstreit und läßt die Terminsbestimmung ohne Ladungsformale nach den Regeln der §§ 152 ff. zustellen (s. Bem. Nr. 2 Ziff. III u. IV vor § 191). Es ist möglich daß der Termin eventuell auch zur Verhandlung über die Sache bestimmt wird. Über Versäumung des lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmten Termins s. § 312.

§ 332.

Erscheint eine Partei oder erscheinen beide Parteien in dem Termine zur Beweisaufnahme nicht, so ist die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann.

Eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der Beweisaufnahme ist bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, auf Antrag anzuordnen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird oder wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, in dem früheren Termine zu erscheinen, und im Falle des Antrags auf Vervollständigung, daß durch

ihr Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme veranlaßt sei.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 126, 548.

1. § 332 gilt für die Beweisaufnahme sowohl vor dem beauftragten oder ersuchten Richter wie vor dem Prozeßgericht [so auch KPr. S. 125 f., Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 238, Petersen S. 541, Wach Vortr. S. 122 ff., Fitting Lehrb. § 63 N. 1. v. Bar System S. 65 f., Hellmann Lehrb. S. 504, Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 804 ff., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 330 f., Troll Vers.Urt. S. 18 f., RG. Entsch. I Nr. 87. AM. nämlich gegen Anwendbarkeit auf das Prozeßgericht Endemann II S. 153, 194, 197 und Ztschr. f. d. CPr. IV S. 191 ff., Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 839 ff., Brettner Mag. f. d. DR. I S. 331 ff. Die Mot. S. 245 scheinen für letztere Ansicht zu sprechen. Aber das Gesetz unterscheidet nicht zwischen der Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter und der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht, und dabei muß es sein Bewenden haben].

Ist der Termin zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht angesetzt, so ist derselbe gemäß § 335 Abs. 1 zugleich auch Verhandlungstermin. Nicht als ob zwei Termine, einer zur Beweisaufnahme, ein anderer zur Verhandlung auf einander folgten; sondern es ist ein Termin zu dem doppelten Zweck Beweisaufnahme und Verhandlung. Die Beweisaufnahme, soweit sie möglich ist, geht aber voran; erst wenn das im Beweisbeschluß angeordnete Beweisverfahren beendigt ist (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 335), tritt der andere Zweck des Termins hervor. Erscheint dann keine der Parteien, so ruht das Verfahren. Erscheint nur eine Partei, so kann sie unter den allgemeinen Voraussetzungen gegen die ausgebliebene Partei Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 erwirken. Das Versäumnisurteil kann nicht vor der Beweisaufnahme begehrt werden, wenn die Beweisaufnahme möglich ist [vgl. Barkhausen a. a. O. S. 812, RG. 20. März 1880 Entsch. I Nr. 87 S. 239.] Bei dem Versäumnisurteil wird das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht berücksichtigt. Das Auffällige einer zunächst bedeutungslosen Beweisaufnahme verschwindet, wenn man erwägt, daß die Beweisaufnahme für den Fall des Einspruchs ihre volle Bedeutung hat, und daß Versäumungen, gegen welche kein Einspruch erhoben wird, m. a. W. gewollte Versäumungen, in dem Stadium nach der Beweiserhebung höchst selten sind. — Eine zur Beweisaufnahme nicht erschienene Partei kann zur Verhandlung erscheinen; ihr Erscheinen vor Schluß der Verhandlung verhindert das Versäumnisurteil, auch wenn sie die Beweisaufnahme versäumt hatte.

Zur Anwendung des § 332 ist erforderlich, daß die nicht erschienene Partei von dem Termin benachrichtigt ist (Ausnahmen in §§ 329, 454), sonst muß vertagt werden [vgl. RG. 8. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 105 S. 352 ff.].

2. Ob eine Beweisaufnahme und wie weit sie in Abwesenheit der Parteien oder einer Partei möglich ist, ist thatsächliche Frage. Die Aufnahme eines Beweises durch Augenschein, Zeugen, Sachverständige wird regelmäßig auch in Abwesenheit der Parteien möglich sein. Anders, wenn z. B. die Partei ausbleibt, welche den Gegenstand des Augenscheins oder der Begutachtung oder die zu letzterer nötige Probe vorzulegen hat. Urkundenbeweis kann in Abwesenheit der Parteien aufgenommen werden, wenn die Urkunden, z. B. die einzusehenden Handelsbücher, dem Gericht vorliegen. Die Aufnahme eines Beweises durch Eid ist natürlich durch das Erscheinen des Schwurpflichtigen bedingt, nicht aber durch das Erscheinen des Gegners.

3. Soweit das Ausbleiben der Partei im Falle des § 332 die Beweisaufnahme verhindert, wird die säumige Partei von der allgemeinen Folge der Versäumung einer Prozeßhandlung (§§ 208, 209) getroffen. Die Präklusion trifft überhaupt nicht neue Angriffs- und Verteidigungsmittel; für neue Behauptungen können auch die alten Beweismittel wieder benutzt

werden. — Nachholung ist unter den in Abs. 2 hervorgehobenen Voraussetzungen zulässig bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche ein Urteil ergeht. Sind die in Abs. 2 gesetzten Voraussetzungen vorhanden oder bewilligt der Gegner die nachträgliche Beweisaufnahme bzw. die Vervollständigung, so muß das Prozeßgericht die weitere Beweisaufnahme anordnen. Der beauftragte oder ersuchte Richter kann die Anordnung nicht treffen. An ihn gerichtete Anträge sind dem Prozeßgericht zu übermitteln. Der Antrag auf nachträgliche Beweisaufnahme ꝛc. kann nur nach mündlicher Verhandlung durch Zwischenurteil oder Endurteil (nicht durch Beschluß) abgewiesen werden. Die Anordnung nachträglicher Beweisaufnahme erfolgt, wenn kein Streit über deren Zulässigkeit ist, durch Beweisbeschluß, sonst durch Zwischenurteil; die Abweisung eines Antrags auf nachträgliche Beweisaufnahme durch Zwischenurteil oder im Endurteil. Beschluß und Zwischenurteil sind erst mit dem Endurteil anfechtbar.

4. Eine nach § 332 Abs. 2 eingetretene Präklusion von Beweismitteln ist für die Berufungsinstanz bedeutungslos; die Partei kann das Beweismittel in zweiter Instanz benutzen.

§ 333.

Wird ein neuer Termin zur Beweisaufnahme oder zur Fortsetzung derselben erforderlich, so ist dieser Termin, auch wenn der Beweisführer oder beide Parteien in dem früheren Termine nicht erschienen waren, von Amtswegen zu bestimmen.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 126, 548.

§ 333 gilt für die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht und vor dem beauftragten oder ersuchten Richter. Derselbe ist auch anwendbar beim Ausbleiben beider Parteien (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 335.) Die Verkündung des Termins gilt auch gegenüber der nicht erschienenen Partei, wenn diese zu dem ersten Termin ordnungsmäßig geladen war (§§ 283, 294). Ist aus besonderen Gründen, z. B. weil sich nicht absehen läßt, wann ein erkrankter Zeuge wird erscheinen können, in dem früheren Termin der neue nicht verkündet worden, so ist der neue Termin von Amtswegen zu bestimmen und die Terminsbestimmung ohne Ladungsformale beiden Parteien zuzustellen (Bem. Nr. 2 Ziff. III litt. k vor § 191).

§ 334.

Entspricht die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme in den für das Prozeßgericht geltenden Gesetzen, so kann daraus, daß sie nach den ausländischen Gesetzen mangelhaft ist, kein Einwand entnommen werden.

Mot. S. 246. KPr. S. 126, 548.

1. Der § 334 setzt voraus, daß die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme, welche den Gesetzen des betreffenden Auslands entspricht, auch im Inlande als eine formell ordnungsmäßige gilt, mag sie auch dem inländischen Gesetze nicht entsprechen. Der zunächst für Rechtsgeschäfte geltende Satz „locus regit actum" soll auf Prozeßhandlungen analog angewendet werden. Daß diese im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochene Regel in der Absicht der Gesetzgeber gelegen ist, erhellt aus den Motiven S. 246, wo von § 334 gesagt wird, daß derselbe dem Art. 85 der WO. und früheren Partikularrechten (z. B. Württ. PrO. Art. 435, Bay. PrO. Art. 355) sowie dem hannov. Entw. § 298 entspreche. Letztere Citate enthalten ausdrücklich die angeführte Regel. [Ebenso Struckm. Koch N. zu § 334 Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 240, Wach I S. 252, Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV

S. 51 ff., RG. 8. Mai 1880 II Nr. 100 S. 374 (in Anwendung auf eine Eidesleistung welche in Amerika vor den Notar und ohne die Schlußformel des § 443 stattfand). AM. Planck I S. 19 und scheinbar RG. 22. Nov. 1884 Entsch. XIII Nr. 108 S. 400 (aber dieses Urteil handelt nicht von der formellen Ordnungsmäßigkeit der Beweiserhebung, sondern von dem Umfang der Befugnisse des requir. Gerichts)]. Die Wirkungen der im Ausland vorgenommenen Beweisaufnahme, z. B. einer Eidesleistung, sind nach inländischem Recht zu beurteilen.

2. Ist die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme, nach den Gesetzen des Auslands beurteilt, nicht ordnungsmäßig, entspricht sie aber dem inländischen Rechte, so kann daraus, daß sie dem ausländischen Rechte nicht genügt, ein Einwand nicht erhoben werden. Dieser Satz ist der WO. Art. 85 nachgebildet (vgl. a. § 53).

§ 335.

Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, so ist der Termin, in welchem die Beweisaufnahme stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt.

In dem Beweisbeschlusse, welcher anordnet, daß die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen solle, kann zugleich der Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte bestimmt werden. Ist dies nicht geschehen, so wird nach Beendigung der Beweisaufnahme dieser Termin von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 126, 548.

1. Zu Abs. 1: Jeder zur Beweisaufnahme (Augenscheinseinnahme, Zeugenvernehmung Sachverständigenvernehmung, Urkundenvorlage, Eidesleistung 2c.) vor dem Prozeßgericht bestimmte Termin ist kraft Gesetzes auch zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt Dies braucht nicht bei der Terminsbestimmung ausgesprochen zu werden. Ja, es kann nicht einmal durch ausdrückliche Anberaumung eines weiter hinausgesetzten Verhandlungstermins dem Termin zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht die Qualität als Verhandlungstermin entzogen werden. — Konsequenz der Vorschrift des § 335 ist das Ruhen des Verfahrens, wenn in diesem Termin nach Beendigung des Beweisverfahrens keine Partei erschienen ist (§ 228), und die nach Beendigung des beschlossenen Beweisverfahrens eintretende Möglichkeit eines Versäumnisurteils; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 332. Beendigt ist das beschlossene Beweisverfahren aber nicht bloß, wenn die durch den Beweisbeschluß angeordnete Beweiserhebung vollständig ausgeführt ist, sondern auch dann, wenn dieselbe überhaupt nicht (z. B. wegen Todes des Zeugen) oder nicht ohne Mitwirkung der nichterschienenen Partei (z. B. bei Beweisbeschluß auf Eidesleistung seitens dieser Partei) ausgeführt bzw. zu Ende geführt werden kann [vgl. Barkhausen Beitr z. E. d. DR. XXVII S. 806 ff. AM. Hellmann Lehrb. S. 618 f.]; desgleichen, wenn der die Beweisaufnahme anordnende Beschluß aus irgend einem Grunde vom Gericht zurückgenommen wird. Hat die Beweisaufnahme nicht oder nicht vollständig erfolgen können, ist aber die Ausführung des Beweisbeschlusses ohne Mitwirkung der nichterschienenen Partei möglich (z. B. wenn ein Zeuge oder Sachverständiger nicht erschienen ist), so ist nach § 333 neuer Termin zur Beweisaufnahme oder zur Fortsetzung derselben von Amtswegen zu bestimmen; in diesem Fall kann kein Versäumnisurteil beantragt werden [so auch Wach Vortr. S. 123, Birkmeyer Rechtsfälle S. 49, Troll Vers.Urt. S. 18. AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 335, Barkhausen a. a. O. S. 808]. Verzichtet die erschienene Partei

auf den von ihr angebotenen Zeugen- oder Sachverständigenbeweis, so kann sie gleichfalls, ohne daß eine Beweisaufnahme stattfindet, Versäumnisurteil gegen die nichterschienene Partei beantragen, aber sie läuft Gefahr, daß ihr, wenn sie im Einspruchsverfahren die Beweisantretung wiederholt, nach §§ 256, 251 Abs. 2 die Kosten des Prozesses ganz oder teilweise auferlegt werden. Die durch die doppelte Ladung und das zweimalige Erscheinen der Zeugen oder Sachverständigen verursachten Mehrkosten sind jedenfalls nach § 87 von der Erstattung ausgeschlossen [vgl. Barkhausen a. a. O. S. 810].

2. Wegen der Versäumung des Termins zur Eidesleistung s. § 430 nebst den Bemerkungen.

Sechster Titel.

Beweis durch Augenschein.

1. Litteratur: Wevelb z. L. v. gerichtlichem Augenschein im CPr. (1877). Vgl. a. John Komm. z. StrPrO. I S. 494 ff. Ob der Augenschein unter den Begriff „Beweismittel" fällt, ist bestritten; die Litteratur darüber s. Bem. Nr. 5 zu § 255.

2. Über die Frage, ob das Gericht gemäß § 135 einen Augenschein von Amtswegen anordnen kann, wenn die Parteien dies nicht wollen s. Bem. Nr. 2 zu § 135.

3. Über die Verpflichtung, Urkunden zu prozessualischen Zwecken zu exhibieren, enthält die CPrO. in §§ 387 ff. Vorschriften. Bezüglich aller anderen Sachen ist die Exhibitionspflicht und folglich die Verpflichtung, den gerichtlichen Augenschein durch Vorzeigen, Vorlegen rc. zu ermöglichen, in der CPrO. nicht berührt, daher nach dem materiellen Recht zu beurteilen. Darüber vgl. Windscheid Pand. II § 474 und Demelius die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht (1872). Nach letzterem ist die Exhibitionspflicht nur begründet, wenn ein dinglicher Anspruch auf die Sache oder ein auf die Sache bezüglicher Noxalanspruch geltend gemacht werden will. Die Praxis ist geneigt, eine weitergehende Verbindlichkeit anzunehmen; kaum mit Recht. Bezüglich des Preuß. R. s. Dernburg Pr. PrR. II § 235 A. 9, Eccius (Förster) Pr. PrR. II § 176 N. 2 § 180.

Die zur Augenscheinseinnahme nötige Exhibition kann innerhalb des Prozesses weder einem dritten Besitzer noch dem Gegner gegenüber erstritten oder erzwungen werden. Es ist Sache des Beweisführers, nötigenfalls durch besonderen Prozeß die Verurteilung des dritten oder des Gegners zur Exhibition zu erwirken und nach §§ 769, 764, 765 die Vorlage oder die Duldung der Besichtigung zu erzwingen. Nach Umständen ist zur Erwirkung der Exhibition eine Frist zu gewähren (§ 321).

Stellt die Partei, welche den Augenschein beantragt hat, demselben durch Verweigerung der Vorzeigung oder des Zutritts Hindernisse entgegen, so kann darin ein Verzicht auf die Beweisführung gelegen sein. Ob der Gegner den Antrag aufnehmen will, ob er ein Recht hat, die Exhibition zu erzwingen, ist eine Sache für sich. Stellt der Gegner der Partei, die den Augenschein beantragt hat, demselben durch Verweigerung der Vorzeigung oder des Zutritts Hindernisse entgegen, so wird, auch wenn der Gegner exhibitionspflichtig ist, selten Veranlassung sein, die Klage auf Exhibition zu erheben; denn in einem solchen Fall wird das Gericht in der Regel die Verhinderung des Augenscheins als Beweisgrund zu Gunsten dessen verwerten, der den Augenschein beantragt hat.

Auch wenn das Gericht von Amtswegen Augenschein anordnet, so hat dasselbe kein Mittel, um die Vorlage des Objekts bzw. den Zutritt zur Sache direkt zu erzwingen. Natürlich kann die Thatsache, daß eine Partei die Einnahme des Augenscheins verhindert, bei der Beweiswürdigung gegen die Partei verwertet werden.

§ 336.

Die Antretung des Beweises durch Augenschein erfolgt durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins und durch die Angabe der zu beweisenden Thatsachen.

Mot. S. 246, 247. KPr. S. 126, 548.

1. Ordnet das Gericht nach § 135 von Amtswegen die Einnahme eines Augenscheins an, so ist von Antretung des Beweises nicht die Rede.

2. Wegen Kostenvorschusses s. GKG. §§ 79, 84 Abs. 1.

§ 337.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß bei der Einnahme des Augenscheins ein oder mehrere Sachverständige zuzuziehen seien.

Es kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte die Einnahme des Augenscheins übertragen, auch die Ernennung der zuzuziehenden Sachverständigen überlassen werden.

Mot. S. 246, 247. KPr. S. 126, 548.

1. Die Zuziehung von Sachverständigen kann unabhängig von einem Parteiantrag sowohl bei beantragtem wie bei ex officio (§ 135) angeordneten Augenschein angeordnet werden.

2. Durch die fakultative Fassung des Abs. 2 ist ausgedrückt, daß die Augenscheinseinnahme auch außerhalb des Gerichtslokals durch das ganze Prozeßgericht erfolgen kann. — In betreff der Ernennung der zuziehenden Sachverständigen gelten die Bestimmungen der §§ 369, 370. (Mot. S. 247.)

Siebenter Titel.

Zeugenbeweis.

1. Zeugen können alle Personen sein, welche nicht Prozeßpartei und nicht gesetzliche Vertreter einer Prozeßpartei sind. Daher können nicht Zeugen sein die Gesellschafter in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft [Wach I S. 530, RG. 15. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 91 S. 365 ff.], die Direktoren in den Prozessen der Aktiengesellschaft [RG. 1. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 112 S. 400], die Vorstandsmitglieder in den Prozessen der Genossenschaft [RG. 22. Dez. 1884 SA. XL Nr. 252], der minderjährige Haussohn in dem von seinem Vater als dem gesetzlichen Vertreter geführten Prozesse [RG. 24. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 47 S. 188, 28. März 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1080]. Ob der Gemeinschuldner in den Prozessen des Verwalters Zeuge sein kann, hängt davon ab, ob der Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Gläubiger zu betrachten ist. Nach der richtigen Ansicht ist der Verwalter gesetzlicher Vertreter der Gläubiger. Es kann daher der Gemeinschuldner Zeuge sein; doch ist § 358 Nr. 4 auf ihn anwendbar. [Über die Stellung des Kon.Verw. vgl. einerseits L. Seuffert z. Gesch. und Dogm. d. D. Konf.R. I S. 114 ff., andererseits Schultze D. Konf.Recht S. 84 ff., Wach I S. 544 f. Das RG. 15. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 121 S. 413 hat bezügl. d. Zeugnisfähigkeit des Gem.Sch. im Sinne der vorgetr. Ansicht entschieden.] Der nach § 72 oder § 73 aus dem Prozesse entlassene Beklagte kann in dem weiteren Verfahren Zeuge sein; desgl. die nach § 236 oder § 237 aus dem Prozesse ausgeschiedene Partei [bay. o. LG. SA. XXXVIII Nr. 352]. Ein Streitgenosse kann, solange nicht Trennung der verbundenen Prozesse (§ 136) angeordnet ist, auch von dem anderen Streitgenossen nicht als Zeuge benützt werden; wohl aber kann ein früherer jetzt

ausgeschiedener Streitgenosse Zeuge sein [RG. 14. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 115 S. 416]. Der Hauptintervenient kann Zeuge sein in dem Prozesse, in welchem er interveniert, desgleichen der Nebenintervenient in der Stellung des § 64; dagegen kann der Nebenintervenient in der Ausnahmestellung des § 66 nicht Zeuge sein, weil ihm Eide zu- und zurückgeschoben werden können (§ 414). [So auch Struckm. Koch N. 1. vor § 358, Wilm. Levy N. 4 zu § 358, Gaupp I S. 223. AM. Barazetti Bad. Ann. LI S. 73 ff.] Der Litisdenunziat kann Zeuge sein. Zeugen können sein die gegenwärtigen und früheren Bevollmächtigten und Beistände, die früheren gesetzlichen Vertreter und die Rechtsvorgänger der Parteien.

Das Gesetz kennt keine testes inhabiles. Die Fähigkeit, Zeuge zu sein, ist unabhängig von einem bestimmten Alter, von Beobachtungsfähigkeit, von normaler Gehirnthätigkeit 2c. Das Gericht kann Kinder, Geisteskranke und Blödsinnige vernehmen. Doch kann das Gericht die Vernehmung eines Zeugen verweigern, indem es im Urteile feststellt, daß aus bestimmten Gründen die Aussage des Betreffenden unter allen Umständen für die richterliche Beweiswürdigung gleichgültig sein würde (vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 259). Ferner kann das Gericht unter Ablehnung angebotenen Zeugenbeweises einen richterlichen Eid auferlegen; denn dieser ist nicht subsidiär gegenüber anderen Beweismitteln. Dagegen kann das Gericht nicht einen Haupteid über eine Thatsache auferlegen, solange noch das Angebot von Zeugenbeweis bezüglich derselben unerledigt ist (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 418).

2. Alle partikularrechtlichen Beschränkungen des Zeugenbeweises (z. B. C. c. art. 1341 ff.) sind beseitigt (EG. § 14 Nr. 2); dgl. alle Beschränkungen hinsichtlich der Zeugenzahl. Natürlich kann das Gericht eine Auswahl unter den vorgeschlagenen Zeugen treffen und einstweilen nur einen Teil derselben vernehmen, wenn es erwartet, daß die Vernehmung dieses Teils zur Aufklärung der Sache ausreiche. So wird das Gericht verfahren, wenn eine übergroße Zahl von Zeugen vorgeschlagen ist. Das Gericht kann, nachdem die Vernehmung einer Mehrzahl von Zeugen in einem Beweisbeschlusse angeordnet ist, nach Vernehmung eines Teils der Zeugen die Vernehmung der übrigen unterlassen, wenn die zu beweisende Thatsache oder deren Gegenteil nach Ansicht des Gerichts in dem Maße feststeht, daß die Aussagen der übrigen Zeugen an dem Resultate nichts ändern können; ebenso, wenn das Gericht auf Grund des bisherigen Beweisergebnisses einen richterlichen Eid für angezeigt erachtet.

3. Der Zeuge ist Beweismittel, die Aussage des Zeugen Beweisgrund. Der Richter kann daraus, daß der Zeuge eine Thatsache wahrgenommen zu haben behauptet, einen Grund entnehmen, die Thatsache für wahr zu halten. Die Würdigung der Beweiskraft von Zeugenaussagen steht im freien Ermessen (§ 259).

§ 338.

Die Antretung des Zeugenbeweises erfolgt durch die Benennung der Zeugen und die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll.

Mot. S. 247. KPr. S. 126, 548.

1. „Benennung der Zeugen" d. i. Bezeichnung der betreffenden Personen, soweit dies zur Feststellung ihrer Identität nötig ist. Ist der Aufenthalt des Zeugen nicht sogleich zu ermitteln, so ist nach § 321 zu verfahren.

2. „Bezeichnung der Thatsachen." Die Bezeichnung soll nicht in der Form von Fragestücken erfolgen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß gemeinverständliche Rechtsbegriffe, z. B. Kauf, Miete, Leihe, bei der Bezeichnung der Thatsachen gebraucht werden. Nötigenfalls sind diese Begriffe bei der Vernehmung in ihre thatsächlichen Elemente zu zerlegen. Die Bezeich-

nung der Thatsachen, welche nach § 324 Nr. 1 in den Beweisbeschluß aufzunehmen ist, bildet die Richtschnur, aber nicht die unüberschreitbare Grenze der Vernehmung der Zeugen. Ergiebt sich, daß ein Zeuge über eine erhebliche Thatsache, für welche er nicht als Zeuge benannt ist, Wissenschaft hat, so kann er darüber vernommen werden.

§ 339.

Die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen benannt werden, ist auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch die Vernehmung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert werden würde und das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt hat.

Mot. S. 248, 249. KPr. S. 126, 548.

1. Neue Zeugen können nur in mündlicher Verhandlung vorgeschlagen, über das neue Beweisanerbieten kann nur nach mündlicher Verhandlung von dem Prozeßgericht, nicht von dem beauftr. od. ers. Richter entschieden werden [vgl. Ztschr. f. d. CPr. IX S. 506.] Wird vom Gegner beantragt, die Vernehmung auf Grund des § 339 zurückzuweisen, so liegt ein Zwischenstreit vor, der entweder durch Zwischenurteil oder in den Gründen des (bedingten oder unbedingten) Endurteils entschieden werden muß. Ist Zurückweisung nicht beantragt, so kann die Vernehmung durch Beweisbeschluß angeordnet werden.

2. Die Zurückweisung setzt außer dem Antrag voraus: a) daß neue Zeugen nach Erlassung des Beweisbeschlusses zum Beweise oder zur Widerlegung derselben Thatsachen benannt werden, bezüglich deren die frühere Beweiserhebung angeordnet war. Neu ist auch der Zeuge, welcher über andere streitige Thatsachen im Prozesse schon vorgeschlagen und vernommen ist (vgl. Mot. S. 248). Zeugenbeweis, welcher nach einem Beweisbeschlusse zum Beweise oder zur Widerlegung nachträglich vorgebrachter neuer Behauptungen angetreten wird, kann nicht aus § 339 zurückgewiesen werden. b) Daß durch die Vernehmung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert würde. Daher keine Zurückweisung von erschienenen Zeugen. c) Daß das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt habe. Fällt ein früher benannter Zeuge weg, so wird in der Regel die Substitution neuer Zeugen nicht zu beanstanden sein.

3. Die nach § 339 zurückgewiesenen Zeugen sind für die zweite Instanz nicht präkludiert.

§ 340.

Die Aufnahme des Zeugenbeweises kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte übertragen werden;

1) wenn zur Ausmittelung der Wahrheit die Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle dienlich erscheint;
2) wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde;
3) wenn der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen;
4) wenn der Zeuge in großer Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichts sich aufhält.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind durch ein

Mitglied des Prozeßgerichts oder durch ein anderes Gericht in ihrer Wohnung zu vernehmen.

Mot. S. 249. KPr. S. 126, 548, 668—675.

1. Die Übertragung der Beweisaufnahme an einen beauftr. od. ers. R. ist nur aus den im § 340 angeführten, eine analoge Anwendung nicht zulassenden Gründen gestattet. Über Erlassung des Beschlusses und dessen Unanfechtbarkeit s. Bem. Nr. 1 zu § 320.

2. Zu Nr. 1: Z. B., wenn die Zeugen über einen streitigen Grenzzug, über die frühere Beschaffenheit eines Bauwerkes u. dgl. zu vernehmen sind; wenn es darauf ankommt, die Schilderung eines Vorgangs an Ort und Stelle zu erhalten; oder wenn ein Zeuge einem anderen, welcher verhindert ist, vor dem Prozeßgericht zu erscheinen (Nr. 3), gegenüber zu stellen ist.

3. Zu Nr. 2: Z. B., wenn eine Information des Zeugen durch umständliche Pläne, Rechnungen u. dgl. nötig ist; oder wenn der Zeuge zwar nicht geradezu verhindert ist, vor dem Prozeßgericht zu erscheinen (Nr. 3), wohl aber nur mit erheblichen Schwierigkeiten erscheinen könnte ꝛc. Auf den Fall, daß der Zeuge im Auslande sich aufhält, bezieht sich § 340 überhaupt nicht (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 320). Die erheblichen Schwierigkeiten müssen in der Beweiserhebung, nicht in der Geschäftslage des Gerichts, begründet sein; das Gericht kann eine Zeugenvernehmung nicht deswegen übertragen, weil es mit Geschäften überhäuft ist (KPr. S. 126, 668—675).

4. Zu Nr. 3: Z. B. durch Krankheit, hohes Alter, Absperrungsmaßregeln ꝛc. Die Verhinderung muß, wenn auch nicht von immerwährender, so doch von einiger Dauer sein.

5. Zu Nr. 4: Bei der Erwägung, ob die Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichts eine große sei, ist auf die Schwierigkeit der Vernehmung, die Wichtigkeit des Streitgegenstandes sowie auf die Höhe der Kosten, welche durch die Vernehmung bei dem Prozeßgericht erwachsen würden, im Verhältnis zum Streitgegenstand geeignete Rücksicht zu nehmen. Der Umstand, daß der Zeuge in einem anderen Bundesstaate sich aufhält, kommt nicht in Betracht (vgl. GVG. § 161).

6. Zu Abs. 2: Das Privilegium gilt vor allen deutschen Gerichten und für alle Landesherren ꝛc., also nicht bloß in den Territorien der betreffenden Landesherren.

7. Einen weiteren Fall, in welchem ein Zeuge nicht vor dem Prozeßgericht zu vernehmen ist, enthält § 347.

§ 341.

Öffentliche Beamte, auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, dürfen über Umstände, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, als Zeugen nur mit Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde oder der ihnen zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörde vernommen werden. Für den Reichskanzler bedarf es der Genehmigung des Kaisers, für die Minister der Genehmigung des Landesherrn, für die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats.

Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaates Nachteile bereiten würde.

Die Genehmigung ist durch das Prozeßgericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen.

KPr. S. 127, 128, 671, 675—678. **Vgl. StPrO. § 53.**

1. § 341 wurde auf Antrag der Bundesregierungen von der JK. d. RT. eingefügt. Die Vorschrift verpflichtet das Gericht, von Amtswegen darüber zu wachen, daß die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit seitens öffentlicher Beamten nicht verletzt werde.

2. Öffentlicher Beamter im Sinne des § 341 (vgl. a. §§ 715 Nr. 6 und 7, 749 Nr. 8) sind die Reichsbeamten (Begriffsbestimmung: RG. v. 31. März 1873 § 1), alle Staatsbeamten, mittelbare und unmittelbare, also auch die Gemeindebeamten; besoldete und nicht besoldete, auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Beamte (vgl. StGB. § 359). Abgesehen von den Reichsbeamten ist nach Landes-Staatsrecht zu beurteilen, wer Beamtenqualität hat und ob für den Beamten die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit besteht. Hiernach muß auch die Frage, ob Notare zu den Beamten gehören, beantwortet werden. Sind sie nach Landes-Staatsrecht Beamte und zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet, so fallen sie auch unter § 341. Die Stellung der Rechtsanwälte ist durch die RAO. von Reichswegen geordnet; sie sind nicht Beamte. Für Notare und Rechtsanwälte kommt § 348 Nr. 5 in Betracht. Auf ausländische Beamte bezieht sich § 341 nicht.

3. Ist die Vernehmung eines ö. Beamten über Umstände, auf welche sich dessen Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, beantragt und die Genehmigung zur Vernehmung nicht schon erteilt, so hat das Gericht von Amtswegen bei der dem Beamten vorgesetzten oder zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörde anzufragen, ob sie die Genehmigung erteile. Bevor die Genehmigung erteilt ist, darf der Zeuge nicht vernommen werden. Regelmäßig wird der Beweisbeschluß, welcher die Vernehmung anordnet, erst zu erlassen sein, wenn die Genehmigung erteilt ist; doch kann die Vernehmung vorbehaltlich der Genehmigung angeordnet werden. — Der die Genehmigung versagende Bescheid der Behörde braucht nicht weiter begründet zu werden, als damit, daß die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaates Nachteile bereiten würde; worin diese bestehen, braucht nicht angegeben zu werden. Deswegen, weil die Vernehmung des Beamten dem fiskalischen Interesse Schaden bringen könnte, soll in einem Prozesse des Fiskus die Genehmigung nicht versagt werden (KPr. S. 676). Nach dem für die betreffende Dienstbehörde geltenden Staatsrechte ist zu beurteilen, ob den Parteien Rekurs gegen den abschlägigen Bescheid zusteht. Civilprozessualische Beschwerde ist unzulässig. Das Gericht hat keine Kognition über die Richtigkeit des Bescheids [vgl. RG. Entsch. in StrS. VII S. 74, Rechtsspr. i. StrS. IX S. 123]. Wird die Genehmigung zur Vernehmung erteilt, so ist dies dem Beamten vor der Vernehmung bekannt zu geben.

4. Die Vorschrift des § 341 macht weder die dem Beamten nach § 348 Nr. 5 zustehende Befugnis zur Zeugnisverweigerung noch die Vorschrift des § 348 Abs. 3 in Bezug auf die Beamten gegenstandlos. Es kann vorkommen, daß das Gericht die Vorschrift des § 341 nicht beachtet, dann kann der Beamte das Zeugnis verweigern. Es können erst bei der Vernehmung Thatsachen, auf welche sich die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, hereingezogen werden, dann ist § 348 Abs. 3 anwendbar.

§ 342.

Die Ladung der Zeugen ist von dem Gerichtsschreiber unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluß auszufertigen und von Amtswegen zuzustellen.

Die Ladung muß enthalten:

1) die Bezeichnung der Parteien;

2) die Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll;

3) die Anweisung, zur Ablegung des Zeugnisses bei Vermeidung der durch

das Gesetz angedrohten Strafen in dem nach Zeit und Ort zu bezeichnenden Termine zu erscheinen.

Mot. S. 249. KPr. S. 126, 548.

1. Die Ausfertigung der Zeugenladung geschieht, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht oder einem beauftragten Richter erfolgt, durch den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts; wenn die Beweisaufnahme durch ein ersuchtes Gericht erfolgt, durch den Gerichtsschreiber des ersuchten Gerichts. Die Ausfertigung ist dem Zeugen auszuhändigen (§ 156 Abs. 1). Die Zustellungsurkunde geht an den Gerichtsschreiber zurück (§ 173 Abs. 4) und ist zu den Akten zu nehmen. Wegen Anwendbarkeit des § 179 vgl. Bem. Nr. 3 zu § 179. — Wegen Ladung von Zeugen, welche sich in einem andern Bundesstaate aufhalten, vgl. GVG. § 161.

2. Zu Nr. 1: Vgl. § 121 Nr. 1, § 230 Nr. 1.

3. Zu Nr. 2: Vgl. § 338 nebst Bem. Nr. 2. Der Zeuge kann auch über eine in der Ladung nicht angegebene Thatsache vernommen werden.

4. Zu Nr. 3: Die Anweisung, zu erscheinen, geht von dem Gerichtsschreiber aus. Die Androhung der durch das Gesetz (§ 345) auf den Fall des Nichterscheinens gesetzten Strafen gehört zur „ordnungsmäßigen" Ladung (vgl. § 345). Wegen der Stunde des Termins s. Bem. Nr. 1 zu § 193. Wegen des Zwischenraums zwischen Ladung und Termin s. Bem. Nr. 2 zu § 345.

5. a) Nichtdeutsche (Ausländer), welche sich in Deutschland befinden, können vor inländische Gerichte als Zeugen gemäß § 342 geladen werden; sie unterliegen den Zwangsmaßregeln der §§ 345 ff. Eine Ausnahme gilt nur für die im Inlande befindlichen Ausländer, welche nach GVG. §§ 18 ff. die Exterritorialität genießen. Gemäß dem Prinzipe der Exterritorialität sind solche Personen der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen. Folglich können solche Personen nicht von dem Gerichtsschreiber eines inländischen Gerichts, sondern nur durch die Behörden ihres Heimatstaates vor ein inländisches Gericht als Zeugen geladen werden; nur der ausländischen Behörde stehen Zwangsmittel zur Gestellung des Zeugen und zur Erzwingung des Zeugnisses zu. Ob die ausländischen Behörden sich herbeilassen, den Ausländer vor ein inländisches Gericht zu citieren und Zwangsmaßregeln anzuwenden, ist eine Frage für sich. [So auch Gaupp II S. 256. AM. Struckm. Koch N. 5 Abs. 2, Wilm. Levy N. 5 zu § 342, welche annehmen, daß die Vernehmung mittels Ersuchens des Reichskanzlers bzw. des bundesstaatlichen Ministers der auswärtigen Angelegenheiten nach Analogie des § 183 auszuführen sei. Das war im nordd. Entw. § 535 bestimmt, ist aber in der CPrO. nicht ausgesprochen.]

b) Deutsche (Inländer), welche sich in Deutschland befinden, aber nach GVG. § 18 Abs. 1 die Exterritorialität im Reiche genießen, sind gleich den in Deutschland befindlichen exterritorialen Ausländern (ad a) zu behandeln.

c) Deutsche, welche sich in Deutschland befinden, aber nach GVG. § 18 Abs. 2 Exterritorialität in einem Bundesstaate genießen, können von den Gerichten jedes Bundesstaates in welchem sie nicht Exterritorialität genießen, zum Erscheinen als Zeugen vor dessen Gerichten nach § 342 geladen werden; diese Gerichte können auch die Zwangsmaßregeln der §§ 345 ff. gegen sie anwenden. Zustellung der Ladung nach § 183. Die Gerichte des Bundesstaates, in welchem solche Personen Exterritorialität genießen, können dieselben weder als Zeugen laden, noch Zwangsmaßregeln gegen dieselben verhängen; denn die Exterritorialität in einem Bundesstaate bewirkt die Befreiung von der Gerichtsbarkeit dieses Staates; zu der Gerichtsbarkeit gehört aber auch die Ladungsbefugnis samt ihren Konsequenzen. [AM. Gaupp II S. 253.] Ist ein Deutscher, welcher in einem Bundesstaate exterritorial ist, bei einem Ge-

richte dieses Bundesstaates als Zeuge vorgeschlagen, so ist entweder um dessen Vernehmung ein Gericht eines anderen Bundesstaates zu ersuchen oder es ist der Minister des Heimatstaates zu ersuchen, die Vernehmung oder die Citation vor das erstere Gericht zu bewirken. Letzterenfalls stehen dem Gericht gleichwohl keine Zwangsmaßregeln zu.

d) Im Auslande befindliche Personen, einerlei ob Deutsche oder Nichtdeutsche, können von inländischen Gerichten nicht zum Erscheinen als Zeugen vor inländischen Gerichten geladen werden. Ob solche Personen von ausländischen Behörden als Zeugen vor deutsche Gerichte citiert und zum Erscheinen genötigt werden, ist eine Frage des internationalen Rechts. Regelmäßig wird dies nicht geschehen, darum Vernehmung im Auslande (§ 328) nötig sein. — Soll ein im Auslande befindlicher und daselbst die Exterritorialität genießender Inländer als Zeuge vernommen werden, so hat das inländische Gericht nicht die ausländische Behörde — denn diese hat keinen Gerichtszwang über den Exterritorialen — sondern die inländische Behörde, unter welcher der Betreffende steht, also den Reichskanzler bzw., wenn der Betreffende zur Mission eines Bundesstaates gehört, den Minister der auswärtigen Angelegenheiten um die Vernehmung zu ersuchen. Der Reichskanzler bzw. Minister kann den Zeugen im Auslande vernehmen lassen oder zum Erscheinen vor dem inländischen Gerichte veranlassen (vgl. nordd. Entw. § 534).

§ 343.

Die Ladung einer dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörenden Person des Soldatenstandes als Zeuge erfolgt durch Ersuchen der Militärbehörde.

Mot. S. 249, 250. KPr. S. 126, 131, 548, 678, 679. **Vgl. StPrO. § 48 Abs. 2.**

1. „Dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende." Vgl. RMG. v. 2. Mai 1874 § 39 (abgedruckt zu § 14 der CPrO. Bem. Nr. 2). Das Gendarmeriekorps gehört nicht zum aktiven Heer.

2. „Person des Soldatenstandes." S. Anl. zum MStGB. v. 20 Juni 1872. (RGBl. von 1872 S. 204.) Die zum deutschen Heer und zur Kaiserlichen Marine gehörenden Militärpersonen bestehen aus Personen des Soldatenstandes und aus Militärbeamten. A. Personen des Soldatenstandes sind: I. Die Offiziere. II. Die Unteroffiziere. III. Die Gemeinen (mit Einschluß der Obergefreiten und Gefreiten). IV. Die Mitglieder des Sanitätskorps. V. Die Mitglieder des Maschinen-Ingenieur-Korps. B. Militärbeamte sind alle im Heer und in der Marine für das Bedürfnis des Heeres dauernd oder auf Zeit angestellten, nicht zum Soldatenstand gehörenden und unter dem Kriegsminister oder dem Chef der Admiralität als Verwaltungschef stehenden Beamten, welche einen Militärrang haben. — Militärbeamte sind nicht durch die Militärbehörde zu laden.

3. Das Ersuchungsschreiben an die Militärbehörde wird auf Grund des Beweisbeschlusses von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts oder von dem beauftragten oder ersuchten Richter von Amtswegen erlassen und durch den Gerichtsschreiber expediert. Das Schreiben enthält nicht die Anweisung zum Erscheinen (§ 342 Nr. 3), wohl aber muß dasselbe die Parteien, sowie die Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll, mitteilen, damit die Ladung, welche von der Militärbehörde zu erlassen und zuzustellen ist, den Erfordernissen des § 342 entsprechend gefertigt werden kann. Die Militärbehörde ist nicht verbunden, dem ersuchenden Gericht einen Nachweis der Ladung zugehen zu lassen. Wenn eine Militärperson ausbleibt, so erfolgt die Festsetzung und Vollstreckung der Strafe nach § 345 Abs. 4 durch das Militärgericht, welchem daher allein zusteht, zu prüfen, ob die Ladung ordnungsmäßig ist.

4. Welche Militärbehörde zu ersuchen ist, ergiebt die Bekanntmachung im CBl. f. d. DR. 1880 Nr. 26, Preuß. JMBl. 1880 S. 156.

§ 344.

Das Gericht kann die Ladung davon abhängig machen, daß der Beweisführer einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt.

Erfolgt die Hinterlegung nicht binnen der bestimmten Frist, so unterbleibt die Ladung, wenn die Hinterlegung nicht so zeitig nachgeholt wird, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann.

Mot. S. 250. KPr. S. 126, 548.

1. Wegen des Anspruchs des Zeugen auf Entschädigung s. § 366. Die Staatskasse hat Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen gegen die Partei, auf deren Antrag der Zeuge geladen wird. Die Sicherung dieses Anspruchs bezweckt § 344. Beweisführer ist, wer den Zeugen vorgeschlagen hat. Der Vorschuß soll der mutmaßlichen Höhe der Auslagen entsprechen. Die Einforderung des Vorschusses ist nicht obligatorisch. Vgl. a. GKG. §§ 3 und 84. GKG. § 85 Abs. 4 bestimmt, daß vor Zahlung des von einem Ausländer nach den Bestimmungen des GKG. § 84 zu zahlenden Vorschusses die Vornahme jeder gerichtlichen Handlung abzulehnen ist, sofern nicht glaubhaft gemacht wird, daß die Verzögerung dem Ausländer einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

2. Der Beschluß, welcher die Zeugenladung von der Hinterlegung eines Vorschusses abhängig macht, kann nur nach mündlicher Verhandlung von dem Prozeßgericht, nicht von dem beauftragten oder ersuchten Richter erlassen werden [vgl. Ztschr. f. d. CPr. V S. 446 ff., OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 347, OLG. Nürnberg eod. XXXIX Nr. 152]. Derselbe ist mit dem Beweisbeschluß zu verbinden. Da der Beschluß nur nach mündlicher Verhandlung erlassen werden kann, muß er verkündet werden. Gegen den Beschluß ist nicht Beschwerde zulässig (arg. § 530). Gegen den Beschluß, welcher nach GKG. § 85 Abs. 4 eine Zeugenvernehmung ablehnt, ist, da derselbe mündliche Verhandlung nicht erfordert, Beschwerde zulässig.

3. Von der Verkündung des Beschlusses an läuft die richterliche Frist. Wegen Verlängerung s. § 202. Läuft die Frist ohne Hinterlegung ab, so unterbleibt die Ladung; das Verfahren nimmt seinen Fortgang. Bei verspäteter Hinterlegung ist die Ladung zu bethätigen, wenn das Verfahren nicht erheblich verzögert wird (§ 321) [vgl. RG. Entsch. VII S. 392]. Ist die Ladung eines Zeugen gemäß § 344 Abs. 2 unterblieben, so kann der Zeuge in der Berufungsinstanz wieder vorgeschlagen werden [vgl. OLG. Braunschweig SA. XLI Nr. 239].

4. § 344 und GKG. §§ 84, 85 sind nicht anwendbar, wenn der Beweisführer im Armenrecht streitet und wenn der Beweisführer als Gegner der armen Partei gemäß § 111 von den in § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten einstweilen befreit ist.

§ 345.

Ein ordnungsmäßig geladener Zeuge, welcher nicht erscheint, ist, ohne daß es eines Antrags bedarf, in die durch das Ausbleiben verursachten Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurteilen.

Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe noch einmal erkannt, auch die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht, die Vorführung einer solchen Person durch Ersuchen der Militärbehörde.

Mot. S. 250, 251. KPr. S. 126, 127, 131, 548, 678, 679. **Vgl. StPrO. § 50.**

1. Von der Geschichte der Zeugnispflicht giebt v. Schrutka-Rechtenstamm Zeugnispflicht und Zeugniszwang nach österr. R. (1879) §§ 7—12 eine mangelhafte Skizze. Vgl. a. Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 479 ff., Abegg Zeugnispflicht u. Zeugniszwang (Straßburg 1885).

Die Zeugnispflicht enthält die Pflicht, vor dem Gericht zu erscheinen und vor dem Gericht beeidigt auszusagen. Nichterfüllung der Erscheinungspflicht wird nach § 345, Nichterfüllung der Aussagepflicht nach § 355 bestraft. Die Bestrafung des e r s t e n Ungehorsams erfolgt in beiden Fällen von Amtswegen; denn die Zeugnispflicht wurzelt im öffentlichen Recht. Wer diese Pflicht verletzt, ist dem Staate unbotmäßig. Die Behandlung des z w e i t e n Ungehorsams ist verschieden, je nachdem es sich um Verletzung der Erscheinungs- oder der Aussagepflicht handelt. Bei Verletzung der ersteren erfolgt wiederholte Strafe und nach Umständen zwangsweise Sistierung (§ 345 Abs. 2), beides von Amtswegen; bei Verletzung der anderen erfolgt nur auf Antrag die nicht mehr den Charakter einer Strafe an sich tragende Zwangsmaßregel des § 355 Abs. 2.

2. Ordnungsmäßige Ladung ist Voraussetzung für jedes Einschreiten gegen den nicht erschienenen Zeugen. Die Ladung ist ordnungsmäßig, wenn deren Inhalt den Vorschriften des § 342 und die Zustellung derselben den gesetzlichen Vorschriften (§§ 152 ff.) entspricht. Ersatzzustellung nach §§ 166—170 ist ordnungsmäßig. Das Gesetz enthält keine Bestimmung darüber, daß zwischen der Zustellung der Ladung und dem Termine eine gewisse Zeit liegen müsse. Die Ladungsfrist des § 194 ist nicht anwendbar. Natürlich kann ein nicht erschienener Zeuge nur gestraft werden, wenn die Ladung so zeitig geschah, daß er unter Benutzung der gewöhnlichen Beförderungsmittel zu dem Termine erscheinen konnte.

3. Nicht erschienen ist der Zeuge, welcher beim Aufruf der Sache (§ 197) nicht da ist. Erscheint der Zeuge verspätet, aber ehe eine Strafe ausgesprochen ist, so kann er nicht gestraft werden. Ist eine Strafe schon verhängt, so ist nach § 346 zu verfahren. Entfernt sich der Zeuge vor der Vernehmung, so ist er als nicht erschienen zu bestrafen.

4. W i e d e r h o l t e s A u s b l e i b e n liegt vor, wenn gegen den Zeugen schon einmal eine Strafe wegen Ausbleibens verhängt ist; also nicht schon dann, wenn der Zeuge zwar in einem früheren Termine bereits ausgeblieben, jedoch nicht bestraft oder wenn die Strafe wieder aufgehoben ist. Daß schon eine Strafe vollstreckt sei, wird nicht gefordert. Im Falle wiederholten Ausbleibens ist der Zeuge jedenfalls wieder zur Tragung der Kosten und zu einer zweiten Ordnungsstrafe, welche sich in der durch Abs. 1 gezogenen Grenze, jedoch nicht an die Höhe der früheren Strafe halten muß, zu verurteilen. Das Wort „kann" darf nicht so gedeutet werden, als ob die zweite Bestrafung nur fakultativ wäre. In dem Entwurfe hieß es „kann die Strafe verdoppelt werden." Das „kann" hatte die Bedeutung, daß die Erhöhung über das Maß des Abs. 1, nicht die Bestrafung als solche, in das Ermessen des Gerichts gestellt werde. Die Zulässigkeit einer höheren als der in Abs. 1 vorgesehenen Strafe sollte durch die Veränderung ausgeschlossen, nicht die Bestrafung in das Ermessen gestellt werden.

Zweifelhaft ist, ob die Bestrafung mehr als zweimal erfolgen kann. Die Frage dürfte

zu verneinen sein. „Noch einmal“ bedeutet im gewöhnlichen Sprachgebrauch soviel wie „ein zweitesmal“. Zwei Strafen und Zwangsvorführung genügen wohl auch dem Bedürfnisse. Wie man in der JK. d. RT., wo die jetzige Fassung beschlossen wurde, zu der Frage sich stellte, ist nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Man berührte die Frage, ob mehr- als zweimalige Bestrafung möglich sein solle, nicht bei § 345, sondern bei § 374 (KPr. S. 148 f.). Daß ein Sachverständiger nur zweimal solle gestraft werden können, scheint die Ansicht der Kommissionsmehrheit gewesen zu sein. Ein sicherer Schluß auf die, übrigens auch nicht maßgebende Ansicht der Kommissionsmehrheit über den Sinn des § 345 Abs. 2 ist nicht möglich. [Im Resultat stimmen damit überein Struckm. Koch N. 2, Gaupp II S. 261, Endemann II S. 216 N. 6, v. Sarwey I S. 504, v. Bülow N. 5, A. Förster N. 5. AM.: Übel I S. 324, Hellmann Komm. II S. 231 f., Kleiner II S. 296, Petersen S. 557, Wilm. Levy N. 6 zu § 345. Unrichtig ist der letzteren Angabe, in der JK. des RT. sei das Gegenteil der hier vorgetragenen Ansicht als Absicht der Komm. konstatiert.] Neben der zweiten Ordnungsstrafe kann die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden, wenn das Gericht dieselbe für zweckentsprechend hält. Dieselbe ist unabhängig von einem Parteiantrag. Sie wird durch den Gerichtsvollzieher ausgeführt (GO. f. GV. § 9). Verzicht auf den Zeugen (§ 364) hindert nicht die Bestrafung, wohl aber die Anordnung der zwangsweisen Vorführung.

5. Die Verurteilung des Zeugen in die durch das Ausbleiben desselben verursachten Kosten bildet einen Titel, auf Grund dessen jede Partei die Kostenfestsetzung und die Zwangsvollstreckung gegen den Zeugen betreiben kann.

6. Die Strafen des § 345 sind Ordnungsstrafen. Die eventuelle Haftstrafe soll sofort ausgesprochen werden. Für die Umwandelung ist StGB. § 29 nicht maßgebend. Bestrafung nach StGB. § 138 wegen Vorschützens unwahrer Thatsachen als Entschuldigung kann nebenher gehen. — Die Strafen sind von dem Prozeßgericht bzw. von dem beauftragten oder ersuchten Richter (§ 365) zu verhängen. Die Entscheidung erfolgt schriftlich. Sie kann also auch nach Beendigung des Termins erlassen werden. Sie ist dem Zeugen zuzustellen. Verkündung ersetzt die Zustellung nicht. Geld- und Haftstrafen sind von Amtswegen zu vollstrecken. Wegen Vollstreckung der Geldstrafe s. StPrO. § 495. Der Vollzug der Haftstrafe ist nicht, wie in dem Falle des § 355 Abs. 2, den Vorschriften der §§ 785—794 unterworfen. Die Strafe der Haft besteht in einfacher Freiheitsentziehung (StGB. § 18). — Dem Zeugen steht unbefristete Beschwerde zu. Die Einlegung der Beschwerde hat aufschiebende Kraft (§ 535 Abs. 1). Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 8; s. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

7. Zu Abs. 4: Vgl. Bem. Nr. 1 u. 2 zu § 343. § 345 Abs. 4 gilt nicht bloß für Personen des Soldatenstandes (wie § 343), sondern auch für Militärbeamte. Welche „Militärbehörde“ um die Vorführung zu ersuchen ist, ergiebt die in Bem. Nr. 4 zu § 343 cit. Bekanntmachung. Haben Personen des Soldatenstandes der von ihrer vorgesetzten Behörde erlassenen Ladung nicht entsprochen, so kann darin ein militärisches Vergehen des Ungehorsams gegen einen Befehl in Dienstsachen (MStGB. § 92) liegen, wenn die Ladung als Dienstbefehl ergangen ist. Dann ist nach StGB. § 73 das die schwerere Strafe androhende Gesetz, also MStGB. § 92, anwendbar; außerdem ist die Strafandrohung der CPrO. maßgebend. Die Bestrafung von Militärbeamten kann nur nach CPrO. § 345 erfolgen, weil deren Ladung vom Gericht ausgeht. — Vgl. u. §§ 355 Abs. 4, 374 Abs. 3.

§ 346.

Die Verurteilung in Strafe und Kosten unterbleibt, wenn das Aus-

bleiben des Zeugen genügend entschuldigt ist. Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so werden die gegen den Zeugen getroffenen Anordnungen wieder aufgehoben.

Die Anzeigen und Gesuche des Zeugen können schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder mündlich in dem zur Vernehmung bestimmten neuen Termine angebracht werden.

Mot. S. 250, 251. KPr. S. 127, 548.

1. Was genügende Entschuldigung ist, ist nach den Umständen zu bemessen. Vorbringen der Entschuldigung durch dritte ist nicht ausgeschlossen. Bei nachträglicher Entschuldigung ist die Verurteilung in Strafe und Kosten sowie auch der etwaige Vorführungsbefehl (§ 345 Abs. 2) aufzuheben. Verzicht auf den Zeugen ist kein Grund zur Zurücknahme der Verurteilung in die Kosten und Strafe, wohl aber zur Zurücknahme des Vorführungsbefehls (s. Bem. Nr. 4 a. E. zu § 345). Vgl. a. § 351 Abs. 3.

2. Der Zeuge braucht sich nie durch einen Anwalt vertreten zu lassen. Die zur Entschuldigung vorgebrachten Thatsachen müssen erforderlichenfalls bescheinigt werden. Mündliche Verhandlung über die Entschuldigung findet nicht statt. Die Aufhebung der Anordnungen sowie der abschlägige Bescheid auf ein Gesuch um Aufhebung erfolgt schriftlich durch Beschluß des Prozeßgerichts oder Verfügung des beauftragten oder ersuchten Richters (§ 365). Die Entscheidung ist dem Zeugen zuzustellen (§ 294). Zustellung an die Parteien ist nicht nötig. Gegen die ein Gesuch um Aufhebung abweisende Entscheidung steht dem Zeugen Beschwerde zu (arg. § 345 Abs. 3).

3. Der Zeuge hat die Wahl zwischen nachträglicher Entschuldigung bei dem Gericht, von welchem die Bestrafung ꝛc. ausgeht, und Beschwerde. Auf dem Beschwerdewege können Entschuldigungsgründe vorgebracht werden, ohne daß zuvor der Weg der Entschuldigung betreten wurde. Wegen Beschwerde gegen die Verfügung eines beauftr. oder ers. Richters s. § 539.

§ 347.

Der Reichskanzler, die Minister eines Bundesstaates, die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte, die Vorstände der obersten Reichsbehörden und die Vorstände der Ministerien sind an ihrem Amtssitze oder, wenn sie sich außerhalb desselben aufhalten, an ihrem Aufenthaltsorte zu vernehmen.

Die Mitglieder des Bundesrats sind während ihres Aufenthalts am Sitze des Bundesrats an diesem Sitze, die Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode und ihres Aufenthaltes am Orte der Versammlung an diesem Orte zu vernehmen.

Zu einer Abweichung von den vorstehenden Bestimmungen bedarf es:
- in Betreff des Reichskanzlers der Genehmigung des Kaisers,
- in Betreff der Minister und der Mitglieder des Bundesrats der Genehmigung des Landesherrn,
- in Betreff der Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats,
- in Betreff der übrigen vorbezeichneten Beamten der Genehmigung ihres unmittelbaren Vorgesetzten,

in Betreff der Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung der Genehmigung der letzteren.

KPr. S. 679–682, 747. StPrO. S. 815–819. **Vgl. StPrO. § 49.**

1. § 347 wurde auf Veranlassung eines Bundesratsbeschlusses in der JK. d. R. eingefügt. — Die Vorschrift ist von Amtswegen zu beachten.

2. Zu Abs. 1: Dem Reichskanzler steht nach RG. v. 17. März 1878 § 2 (RGBl. S. 7) der allgemeine Stellvertreter desselben gleich. Vorstände der obersten Reichsbehörden sind nach VO. v. 23. Nov. 1874 (RGBl. S. 136) außer dem preußischen, sächsischen und württembergischen Kriegsminister der Präsident des Reichskanzleramts, jetzt Staatssekretär des Innern (E. v. 24. Dez. 1879, RGBl. S. 321), der Staatssekretär im auswärtigen Amt, der Chef der Kaiserl. Admiralität, der Präsident des Reichseisenbahnamts; ferner nach VO. v. 19. Dez. 1875 (RGBl. S. 378) der Präsident des Reichsbankdirektoriums; nach VO. v. 22. Dez. 1875 (RGBl. S. 379) der Generalpostmeister, jetzt Staatssekretär des Reichspostamts (E. v. 23. Febr. 1880, RGBl. S. 25); nach GVG. §§ 125 ff. der Präsident des Reichsgerichts; nach RG. v. 4. Juli 1879 (RGBl. S. 165) der Statthalter und der Staatssekretär von Elsaß-Lothringen; nach E. v. 27. Mai 1878 (RGBl. 1879 S. 193) der Vorstand der Reichseisenbahnen; nach E. v. 14. Juli 1879 (RGBl. S. 196) der Vorstand des Reichsschatzamts; endlich der Vorstand des Reichsjustizamts. Das Reichspatentamt, Reichsgesundheitsamt, Reichsamt für Heimatwesen gehören nicht hierher. — Wegen des Amtssitzes vgl. RBeamt.-Ges. §§ 21, 22, 40.

3. Zu Abs. 2: Die Mitglieder des Bundesrats sind nicht nur während der Sitzungsperiode, sondern bei jedem Aufenthalt am Sitze des Bundesrats, die Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung nur bei Aufenthalt während der Sitzungsperiode am Orte der Versammlung zu vernehmen (vgl. KPr. S. 682).

4. Zu Abs. 3: Die Genehmigung kann entweder durch den Beweisführer oder, wenn das Gericht die Abweichung von den Bestimmungen des § 347 für angezeigt hält, durch das Gericht eingeholt werden.

§ 348.

Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

1) der Verlobte einer Partei;
2) der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3) diejenigen, welche mit einer Partei in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;
4) Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut ist;
5) Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Thatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.

Die unter Nr. 1–3 bezeichneten Personen sind vor der Vernehmung über ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses zu belehren.

Die Vernehmung der Nr. 4, 5 bezeichneten Personen ist, auch wenn das Zeugnis nicht verweigert wird, auf Thatsachen nicht zu richten, in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugnis nicht abgelegt werden kann.

Mot. S. 251, 252. KPr. S. 128, 548. **Vgl. StPrO. §§ 51, 52.**

1. In den §§ 348—350 regelt das Gesetz die Befugnis zur Verweigerung des Zeugnisses. Die Bestimmungen sind erschöpfend; es giebt keine anderen Gründe, aus denen das Zeugnis verweigert werden dürfte. § 348 Nr. 1—3 enthält die Gründe, aus denen das Zeugnis überhaupt, § 348 Nr. 4, 5 und § 349 die Gründe, aus denen das Zeugnis über gewisse Fragen verweigert werden darf. § 350 nimmt dann wieder die aus § 348 oder § 349 Nr. 1 folgende Berechtigung zur Zeugnisverweigerung in Bezug auf bestimmte Fragen zurück.

2. Zu Nr. 1: Jedes thatsächliche Verlöbnis begründet die Zeugnisverweigerung; es ist nicht nötig, daß das Verlöbnis rechtsverbindlich sei. [Vgl. RG. Entsch. i. StrS. X S. 117.]

3. Zu Nr. 2: Vorausgesetzt wird eine nach bürgerlichem Recht gültige Ehe.

4. Zu Nr. 3: „Partei" ist in dem in Bem. Nr. 3 zu § 41 erörterten Sinne zu verstehen. — Die Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft sind nach der sog. Civilkomputation zu zählen. Adoption steht der natürlichen Verwandtschaft, uneheliche Verwandtschaft der ehelichen gleich. Daß der Zeuge zu beiden Parteien verwandt oder verschwägert ist, schließt die Zeugnisverweigerung nicht aus.

5. Zu Nr. 4: Die Vorschrift gilt nur für Geistliche staatlich anerkannter Religionsgesellschaften; denn sonst schwänden die Umrisse des Begriffs [vgl. Löwe StPrO. § 52 N. 6]. Nicht jede vertrauliche Mitteilung an einen Geistlichen steht unter dem Schutze dieser Bestimmung, sondern nur die in Ausübung der Seelsorge empfangene; also jedenfalls die Mitteilung in der Beichte, aber auch eine außerhalb der Beichte zur Erlangung geistlichen Trostes, zur Gewissenserleichterung gemachte Mitteilung. Wegen Entbindung von der Verschwiegenheit s. § 350 Abs. 2 nebst Bem. Nr. 5 litt. a. — Behauptet ein dritter, von einem Geistlichen in Ausübung der Seelsorge gewisse Mitteilungen erhalten zu haben, so kann der Geistliche darüber, ob er dem dritten solche Mitteilungen gemacht habe, das Zeugnis nicht verweigern [RG. 8. Juni 1883 SA. XXXIX Nr. 58].

6. Zu Nr. 5: Hierher gehören alle Beamte (über den Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 341), soweit ihnen Amtsverschwiegenheit zur Pflicht gemacht ist, auch nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses; dann die in StGB. § 300 aufgeführten Personen: „Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehilfen dieser Personen"; ferner nach HGB. Art. 69 Nr. 5 die Mäkler und nach GVG. § 200 die Schöffen und Geschworenen. Der Ausdruck *gesetzliche* Vorschrift ist nach EG. § 12 zu interpretieren. — Durch die „Natur der Mitteilung" ist z. B. die Geheimhaltung der einem vertrauten Diener mitgeteilten Familiengeheimnisse geboten. [OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 162: der Inhaber eines Auskunfsbureaus ist nicht berechtigt, das Zeugnis betreffs der ihm über die Kreditwürdigkeit von Geschäftsleuten anvertrauten Thatsachen zu verweigern.] — Unter dem Schutze des Gesetzes stehen nicht bloß Mitteilungen an die genannten Personen, sondern auch eigene in der Vertrauensstellung gemachte Wahrnehmungen und Handlungen. Wegen Entbindung von der Verschwiegenheit s. § 250 Abs. 2 nebst Bem. Nr. 5 litt. b dazu.

7. Zu Abs. 2: Daß die Belehrung stattgefunden hat, ist zu Protokoll festzustellen. [Vgl. Rspr. d. RG. i. StrS. V S. 266.] Bei wiederholter Vernehmung ist nicht neue

Belehrung erforderlich. (Anders StPrO. § 51 Abs. 2 „vor jeder Vernehmung".) Wer auf das Recht der Zeugnisverweigerung verzichtet hat, kann doch bei einer zweiten Vernehmung das Zeugnis verweigern. Die Benutzung der früheren Aussage für die Beweiswürdigung wird durch die spätere Weigerung nicht ausgeschlossen.

8. Zu Abs. 3: Das Gericht soll die in Nr. 4 und 5 genannten Personen von der Aussage über geheimzuhaltende Thatsachen zurückhalten (KPr. S. 127, 128 f.).

§ 349.

Das Zeugnis kann verweigert werden:

1) über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu welcher derselbe in einem der im § 348 Nr. 1—3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde;
2) über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem der im § 348 Nr. 1—3 bezeichneten Angehörigen desselben zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde;
3) über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis zu offenbaren.

Mot. S. 252, 253. KPr. S. 128, 548.

1. Zu Nr. 1: Ist der Zeuge oder eine zu dem bezeichneten Kreise gehörige Person am Ausgang des Streites „unmittelbar beteiligt" (§ 358 Nr. 4), so wird regelmäßig auch die Voraussetzung des § 349 Nr. 1 zutreffen. Andererseits kann § 349 Nr. 1 zutreffen, ohne daß Beteiligung am Ausgange des Streites vorliegt; denn zu § 349 Nr. 1 genügt, daß die Beantwortung der Frage Schaden bringen kann. Da der Schaden ein unmittelbarer (darüber vgl. Preuß. ALR. I 6 §§ 2, 3) sein muß, so genügt es nicht, daß als Folge der Zeugnisabgabe eine Beeinträchtigung geschäftlicher Beziehungen zu befürchten ist. — Ausnahmen zu Nr. 1 s. § 350.

2. Zu Nr. 2: In den Entwürfen hieß es statt „Unehre" — „Schande". Der schwächere Ausdruck „Unehre" umfaßt jede Beeinträchtigung der bürgerlichen Ehre. — Strafrechtliche Verfolgung ist Verfolgung wegen einer mit Verbrechens-, Vergehens- oder Übertretungsstrafe bedrohten Handlung, nicht Disziplinarverfahren.

3. Zu Nr. 3: Die Vorschrift schützt sowohl eigene Kunst- und Gewerbegeheimnisse, wie solche anderer Personen, denen gegenüber der Zeuge zur Geheimhaltung verbunden ist.

§ 350.

In den Fällen des § 348 Nr. 1—3 und des § 349 Nr. 1 darf der Zeuge das Zeugnis nicht verweigern:

1) über die Errichtung und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts, bei dessen Errichtung er als Zeuge zugezogen war;
2) über Geburten, Verheiratungen oder Sterbefälle von Familiengliedern;
3) über Thatsachen, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen;
4) über diejenigen auf das streitige Rechtsverhältnis sich beziehenden Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei vorgenommen sein sollen.

Die in § 348 Nr. 4, 5 bezeichneten Personen dürfen das Zeugnis nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind.

Mot. S. 253. KPr. S. 128, 548–550.

1. Zu Nr. 1: Es ist gleichgültig, ob die Zuziehung als Zeuge gemäß gesetzlicher Anordnung oder freiwillig geschah, ob das Rechtsgeschäft schriftlich oder mündlich errichtet, ob der Zeuge als Solennitäts- oder Beweiszeuge beigezogen wurde. Der Beamte, welcher eine öffentliche Urkunde errichtet, ist nicht Zeuge im Sinne des § 350 Nr. 1.

2. Zu Nr. 2: „Familienglieder" ist im weitesten Sinne zu interpretieren. Blutsverwandtschaft ist nicht nötig.

3. Zu Nr. 3: „Durch das Familienverhältnis bedingt" sind z. B. Ansprüche eines Ehegatten gegen den anderen auf Grund des ehelichen Güterrechts, Ansprüche auf Grund Intestaterbrechts, Alimentationsansprüche auf Grund von Verwandtschaft oder Ehe rc. Keine Vermögensangelegenheiten sind reine Statusprozesse und Ehesachen.

4. Zu Nr. 4: Die Vorschrift steht im Zusammenhang mit § 414, welcher die Eideszuschiebung an die Rechtsvorgänger einer Partei ausschließt. „Handlungen" des Zeugen — nicht Wahrnehmungen. — „Als Rechtsvorgänger" — unmittelbarer oder mittelbarer. Auch als Nebenintervenient kann der Rechtsvorgänger des Zeugnisses sich nicht entschlagen (vgl. Bem. Nr. 1 vor § 338). „Als Vertreter" — gesetzlicher Vertreter, Bevollmächtigter, Geschäftsführer, Bote. Ob das Vertretungsverhältnis noch besteht oder nicht, ist gleich. Der gesetzliche Vertreter, welcher den Prozeß führt, kann nicht Zeuge sein (Bem. Nr. 1 vor § 338).

5. Zu Abs. 2: a) Ob ein Geistlicher von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit bezüglich des ihm in Ausübung der Seelsorge Anvertrauten überhaupt entbunden werden kann, ob zur Entbindung die Willenserklärung des Anvertrauenden genügt oder etwa die Genehmigung eines geistlichen Oberen dazu gehört, ist nach dem Kirchenrecht zu beurteilen (KPr. S. 127). Nach dem Kirchenrecht der Katholiken kann eine Entbindung von der Verpflichtung zur Geheimhaltung des sub sigillo confessionis Anvertrauten überhaupt nicht, auch nicht durch den Beichtenden, stattfinden. (C. 2 dist. 6 de poenit; c. 12 X. de poenit 5, 38.) Nach evangelischem Kirchenrecht kann der Beichtende den Seelsorger von der Pflicht zur Geheimhaltung nachträglich entbinden; aber andere Entbindung, etwa durch die kirchlichen Vorgesetzten, ist nicht statthaft [vgl. Richter Kahl Kirch.-R. § 258 N. 9]. b) Beamte (in dem in Bem. Nr. 2 zu § 341 erörterten Sinn) können von der Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit durch die vorgesetzte Behörde, die in StGB. § 300 aufgeführten Personen können von demjenigen, dem gegenüber sie zur Verschwiegenheit verbunden sind, von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden werden. c) Wegen der Handelsmäkler vgl. HGB. Art. 69 Nr. 5; es ist Entbindung seitens beider Auftraggeber nötig. d) Schöffen- und Geschworene können nicht von der Schweigepflicht (GVG. § 200) entbunden werden.

§ 351.

Der Zeuge, welcher das Zeugnis verweigert, hat vor dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder in diesem Termine die Thatsachen, auf welche er die Weigerung gründet, anzugeben und glaubhaft zu machen.

Zur Glaubhaftmachung genügt in den Fällen des § 348 Nr. 4, 5 die mit Berufung auf einen geleisteten Diensteid abgegebene Versicherung.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt, so ist er nicht verpflichtet, in dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine zu erscheinen.

Von dem Eingange einer Erklärung des Zeugen oder von der Aufnahme einer solchen zum Protokolle hat der Gerichtsschreiber die Parteien zu benachrichtigen.

Mot. S. 253, 254. KPr. S. 128, 129, 550.

1. Zu Abs. 1: Die schriftliche, dem Anwaltszwang nicht unterworfene Erklärung ist an das Gericht zu richten, vor welches der Zeuge geladen ist. Die protokollarische Erklärung ist bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts bzw. des ersuchten Gerichts abzugeben. Die Glaubhaftmachung steht unter den Regeln des § 266. Der Zeuge kann also zur eidlichen Versicherung der Wahrheit zugelassen werden (KPr. S. 129). — Strafe unwahrer Angaben s. StGB. § 138.

2. Zu Abs. 2: Die unter Berufung auf den Diensteid abgegebene Versicherung wird der eidlichen Versicherung gleichgeachtet (StGB. § 155). — Durch Abs. 2 ist nicht ausgeschlossen, daß der Zeuge andere Mittel zur Glaubhaftmachung benutzt. Nur kann, wenn der Zeuge die Wahrheit der betreffenden Thatsachen auf Diensteid versichert, weiterer Beweis nicht verlangt werden.

3. Zu Abs. 3: Nur wenn die Weigerung das ganze Zeugnis betrifft, cessiert die Pflicht zu erscheinen.

4. Zu Abs. 4: Die Vorschrift fördert den Fortgang des Verfahrens, indem sie die Parteien auf die Verhandlung über die Zeugnisverweigerung vorbereitet, möglicherweise auch diese Verhandlung abschneidet. Denn wenn die Partei die Weigerung als begründet anerkennt und auf den Zeugen verzichtet, so bedarf es keiner Entscheidung. — Nicht Zustellung, sondern formlose Benachrichtigung ist vorgeschrieben.

§ 352.

Über die Rechtmäßigkeit der Weigerung wird von dem Prozeßgerichte nach Anhörung der Parteien entschieden.

Der Zeuge ist nicht verpflichtet, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen.

Gegen das Zwischenurteil findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 253, 254. KPr. S. 129, 550.

1. Durch die Zeugnisverweigerung entsteht, sofern nicht der Beweisführer auf den Zeugen verzichtet [vgl. RG. 12. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1129] ein Zwischenstreit zwischen dem Beweisführer und dem Zeugen. Der Gegner des Beweisführers kann sich daran beteiligen; er kann sich auf Seite des Beweisführers oder des Zeugen stellen. Der Zwischenstreit ist nach mündlicher Verhandlung (§ 354 Abs. 2) durch Zwischenurteil [nicht im Endurteil, s. RG. 7. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 114 S. 414] des Prozeßgerichts zu erledigen. Für die mündliche Verhandlung gelten die Vorschriften der §§ 127—134, 140—150; dagegen ist der Grundsatz, daß nur das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte bei der Entscheidung zu berücksichtigen ist, durch §§ 353 und 354 Abs. 3 beseitigt. Im Zusammenhang damit steht, daß die Regeln über die Folgen der Terminsversäumnis in dem Zwischenstreite keine Anwendung finden (§§ 353, 354 Abs. 3). Es giebt in dem Zwischenstreit kein Versäumnisurteil, folglich keinen Einspruch. Als Rechtsmittel gegen das Zwischenurteil gewährt das Gesetz, wie in allen Zwischenstreiten mit dritten, nicht die Berufung, sondern die sofortige Beschwerde. Diese

steht dem Zeugen und beiden Parteien zu; nicht bloß dem Beweisführer, weil der Gegner befugt ist, sich am Zwischenstreit, wenn auch erst durch Einlegung des Rechtsmittels, zu beteiligen.

2. Die Vorschriften des § 352 gelten für alle Fälle von Zeugnisverweigerung. Sie sind vollständig erschöpfend für den Fall, daß der Zeuge in dem bei dem Prozeßgericht angesetzten Vernehmungstermin erscheint und das Zeugnis verweigert. Sie werden ergänzt für den Fall des Nichterscheinens im Termin vor dem Prozeßgericht durch § 353, für den Fall der Ladung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter durch § 354.

3. Auf das Zwischenurteil sind die §§ 280—291 anwendbar. Das Zwischenurteil ist also zu verkünden. Dasselbe ist mit Thatbestand und Gründen zu versehen. Die Zustellung ist Sache der Parteien. Über die Kosten des Zwischenstreites ist nach allgemeinen Regeln (§§ 87 ff.) zu erkennen. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 8 und Abs. 2; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

Erklärt das Zwischenurteil die Weigerung des Zeugen als begründet, so ist nach Ausführung der sonstigen Beweisaufnahme zur Sache zu verhandeln und zwar, wenn Termin vor dem Prozeßgericht angesetzt war (§ 335 Abs. 1), in diesem Termin, außerdem in einem gemäß § 335 Abs. 2 von Amtswegen zu bestimmenden Termin. Erklärt eine Partei im Verhandlungstermin, daß sie gegen das noch nicht rechtskräftige Zwischenurteil Beschwerde einlegen wolle, so ist Vertagung zu bewilligen, es wäre denn, daß das Gericht den Beweisbeschluß, soweit er die Vernehmung des betr. Zeugen anordnete, zurücknähme. In dem späteren Termin können folgende Lagen eintreten: a) Das Zwischenurteil ist inzwischen der Partei auf Betreiben des Gegners zugestellt und durch Ablauf der Beschwerdefrist oder Verwerfung der Beschwerde rechtskräftig geworden; dann ist zur Sache zu verhandeln. b) Es wird ein auf Beschwerde ergangener rechtskräftiger Beschluß des Obergerichts vorgelegt, welcher das Zwischenurteil abändert; dann ist von Amtswegen neuer Termin zur Beweisaufnahme zu bestimmen (§ 333) und der Zeuge dazu zu laden, eventuell die Beweisaufnahme wieder einem Richterkommissar oder Amtsgericht zu übertragen. Wurde der Termin nicht verkündet, so ist er den Parteien bekannt zu geben. c) Es ist noch keine rechtskräftige Entscheidung des Zwischenstreites vorhanden; dann ist die Verhandlung auf Antrag aufs neue zu vertagen. Der Gegner der Partei, welche das Zwischenurteil anfechten will, kann durch Zustellung des Urteils die Rechtskraft herbeiführen und auf diese Weise sich gegen Verschleppung schützen.

Erklärt das Zwischenurteil die Weigerung des Zeugen als nicht begründet, so ist, sofern nicht der Zeuge dem Ausspruche sich unterwirft und sich vernehmen läßt, die Fortsetzung des Beweisverfahrens unmöglich; denn die Strafen und Zwangsmittel des § 355 setzen die Rechtskraft jenes Zwischenurteils voraus. Daher kann zunächst keine neue Ladung des renitenten Zeugen erfolgen. Ist ein Termin zur Verhandlung über die Hauptsache angesetzt, so ist derselbe zu vertagen, sofern eine Partei auf der Vernehmung des Zeugen beharrt. Ist kein Termin zur Verhandlung über die Hauptsache angesetzt, so erfolgt einstweilen auch keine Terminsbestimmung von Amtswegen. Jede Partei kann durch Zustellung des Zwischenurteils dessen Rechtskraft herbeiführen. Sowie dem Gerichte durch eine Partei dargethan ist, daß das Zwischenurteil die Rechtskraft beschritten hat, ist von Amtswegen Termin zur Vernehmung des Zeugen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen (§ 333). Natürlich kann auch wieder ein Richter beauftragt oder ein Gericht ersucht werden. Bei weiterer Renitenz des Zeugen ist nach § 355 zu verfahren. Zur Verhandlung über die Hauptsache kommt es erst, wenn das Beweisverfahren durch Vernehmung des Zeugen oder Erschöpfung der Mittel des § 355 oder Verzicht auf den Zeugen beendigt ist.

[Teilweise abweichende Ansichten über die Behandlung der Sache nach dem Zwischenurteile vertritt Gaupp II S. 277. G. will nach dem Zwischenurteil stets den Parteibetrieb

eintreten lassen. So jetzt auch Struckm. Koch N. 2 zu § 352. Dagegen Wilm. Levy N. 3 zu § 352. G.s Ansicht dürfte mit dem Offizialbetrieb der Beweisaufnahme und mit §§ 333, 335 nicht wohl vereinbar sein.]

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 353.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt und ist er in dem Termine nicht erschienen, so hat auf Grund seiner Erklärungen ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten.

Mot. S. 253, 254. KPr. S. 129, 550.

Es ist Termin zur Vernehmung des Zeugen vor dem Prozeßgericht bestimmt. Der Zeuge hat vor dem Termine seine Weigerung erklärt und ist, von der in § 351 Abs. 3 eingeräumten Befugnis Gebrauch machend, in dem Termine nicht erschienen. Dann erstattet ein Mitglied auf Grund der Erklärungen des Zeugen Bericht. Darauf werden die Parteien, soweit sie erschienen sind, gehört. Da die Entscheidung nicht bloß auf Grund der mündlichen Verhandlung erfolgt, so müssen auch schriftliche Parteierklärungen berücksichtigt werden. Von dem Zwischenurteil gilt das in Bem. Nr. 3 zu § 352 Bemerkte.

§ 354.

Erfolgt die Weigerung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, so sind die Erklärungen des Zeugen, wenn sie nicht schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben sind, nebst den Erklärungen der Parteien in das Protokoll aufzunehmen.

Zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte werden der Zeuge und die Parteien von Amtswegen geladen.

Auf Grund der von dem Zeugen und den Parteien abgegebenen Erklärungen hat ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten. Nach dem Vortrage des Berichterstatters können der Zeuge und die Parteien zur Begründung ihrer Anträge das Wort nehmen; neue Thatsachen oder Beweismittel dürfen nicht geltend gemacht werden.

Mot. S. 253, 254. KPr. S. 129, 550.

1. § 354 betrifft nur die Weigerung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter. Hatte der Zeuge vor dem Termin seine Weigerung begründet und ist, von der in § 351 Abs. 3 gewährten Befugnis Gebrauch machend, im Termin nicht erschienen, so sind die Parteien, soweit sie erschienen sind, zu hören. Ist der Zeuge im Termine erschienen, so sind der Zeuge und die Parteien, soweit sie erschienen sind, zu hören. Die Erklärungen sind zu Protokoll festzustellen. Soweit die Erklärungen des Zeugen im Termine mit früher schriftlich oder protokollarisch abgegebenen übereinstimmen, genügt die Bezugnahme darauf.

2. Erkennt der Beweisführer die Berechtigung des Zeugen zur Zeugnisverweigerung an, so liegt darin ein Verzicht auf den Zeugen. Anderenfalls sendet der beauftragte oder ersuchte Richter das Protokoll ꝛc. an das Prozeßgericht. Der Vorsitzende setzt Termin zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit an. Dazu sind der Zeuge und beide Parteien von Amtswegen zu laden. In dem Termin ist, gleichviel ob der Zeuge und ob Parteien erschienen sind oder nicht, über die Erklärungen des Zeugen und der Parteien Bericht

zu erstatten. Sodann können der Zeuge und die Parteien mündlich ihre Anträge stellen und begründen. Neue, d. i. vor dem beauftragten oder ersuchten Richter nicht vorgebrachte, Thatsachen und Beweismittel dürfen jedoch nicht geltend gemacht werden, selbst wenn sie erst später entstanden wären. Die Verhandlung ist nur Schlußverhandlung nach schriftlichem Verfahren. Von dem Zwischenurteil gilt das in Bem. Nr. 3 zu § 352 Gesagte. Das Zwischenurteil ist nicht zu umgehen [RG. 7. Febr. 1885 Entsch. XIII S. 114 S. 414].

§ 355.

Wird das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder nachdem der vorgeschützte Grund rechtskräftig für unerheblich erklärt ist, verweigert, so ist der Zeuge, ohne daß es eines Antrags bedarf, in die durch die Weigerung verursachten Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurteilen.

Im Falle wiederholter Weigerung ist auf Antrag zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft anzuordnen, jedoch nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des Prozesses in der Instanz hinaus. Die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren finden entsprechende Anwendung.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

Mot. S. 253, 254. KPr. S. 129—132, 550. **Vgl. StPrO. § 69.**

1. § 345 bestimmt die Strafen und Zwangsmittel gegen den nicht erschienenen Zeugen, § 355 die Strafen und Zwangsmittel gegen den zwar erschienenen, aber das Zeugnis oder die Eidesleistung verweigernden Zeugen. § 355 ist anzuwenden, mag der Zeuge freiwillig oder erst in Folge der Strafen und Zwangsmittel des § 345 erschienen sein. Ein Zeuge kann also zuerst nach § 345 Abs. 1 bestraft, dann nochmals bestraft und nach § 345 Abs. 2 zwangsweise vorgeführt, dann nach § 355 Abs. 1 bestraft, dann nach § 355 Abs. 2 in Zwangshaft genommen werden.

2. Zu Abs. 1: Wird das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne Grundangabe verweigert, so bedarf es keiner Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung. Gegen den Zeugen sind von Amtswegen die Strafen des Abs. 1 zu verhängen. Wird die Weigerung auf Gründe gestützt, so ist Zwischenurteil nötig. Wegen dieses Zwischenurteils und des Verfahrens nach dem Zwischenurteil s. Bem. Nr. 1 und 3 zu § 352. Erst nach Rechtskraft des Zwischenurteils ist Bestrafung möglich. Bringt der Zeuge nachträglich neue (einerlei, ob erst entstandene oder früher schon vorhandene) Weigerungsgründe, so ist neue Entscheidung nötig. Die Rechtskraft der Entscheidung bezieht sich nur auf die vorgebrachten Gründe der Weigerung.

Auf die Strafen und deren Vollzug findet die Bem. Nr. 6 zu § 345 entsprechende Anwendung.

Verzicht auf den Zeugen hindert die Bestrafung; aber der nachträgliche Verzicht berührt die Strafverfügung nicht.

Ist eine Strafverfügung erlassen, so ist sogleich von Amtswegen neuer Termin zur Fortsetzung der Beweisaufnahme zu bestimmen. Wird dieser Termin verkündet, so bedarf es keiner Mitteilung an die Parteien; andernfalls ist der Termin den Parteien von Amtswegen

bekannt zu machen (§ 334). Der Zeuge muß auch zu dem verkündeten Termin von Amtswegen neu geladen werden (arg. a contr. § 195 „den Parteien gegenüber").

3. Zu Abs. 2: Wiederholte Weigerung kann erst eintreten, wenn gegen den Zeugen eine Strafe aus § 355 Abs. 1 (nicht aus § 345) bereits verhängt und er aufs neue geladen ist. Daß die erste Strafe vollzogen sei, ist nicht erforderlich. Bei wiederholter Weigerung kann nicht nochmals auf eine Strafe aus Abs. 1 erkannt werden. Das Verfahren ist zu Ende, wenn nicht die Anordnung der Haft zur Erzwingung des Zeugnisses beantragt wird. Ausnahmen: §§ 597 Abs. 2, 621 Abs. 3. Zur Stellung des Antrags ist zunächst die Partei berechtigt, welche den Zeugen benannt hat. Da der Gegner nach § 364 verlangen kann, daß der erschienene Zeuge vernommen werde, so steht auch dem Gegner das Recht zu, die Zwangshaft zu beantragen.

Auf die Vollstreckung der Zwangshaft sind die §§ 785—794 anzuwenden. Die Haft ist unstatthaft in den Fällen des § 785; sie wird unterbrochen in den Fällen des § 786. — Die Partei, welche die Haft beantragt, hat die Kosten vorzuschießen (§ 792); Ausnahmen s. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 792. Die Haft wird nicht auf eine bestimmte Zeit angeordnet, sondern es wird einfach „Haftbefehl" erlassen. Die Haft darf nicht länger als sechs Monate dauern (§ 794). Sie ist zu Ende, wenn der Zeuge das Zeugnis ablegt oder wenn auf die Vernehmung verzichtet wird (§ 394). Sie endigt auch mit Zurücknahme des die Vernehmung anordnenden Beweisbeschlusses, ferner dann, wenn durch ein (bedingtes oder unbedingtes) End-, Teil- oder Zwischenurteil die prozessualische Präklusion der Benutzbarkeit des zu erzwingenden Zeugnisses für die Instanz eingetreten ist.

Ein Zeuge kann in der höheren Instanz wegen Zeugnisverweigerung wieder verhaftet werden, nachdem er bereits in der früheren eine Zwangshaft wegen Verweigerung des Zeugnisses erduldet hat. Soweit es sich in den verschiedenen Instanzen um dasselbe Zeugnis handelt, darf die Zwangshaft in beiden Instanzen zusammengerechnet nicht über sechs Monate betragen. Wenn dagegen in der höheren Instanz das Zeugnis über einen anderen Punkt gefordert und verweigert wird, so kann deswegen von neuem eine sechsmonatige Zwangshaft vollstreckbar werden (KPr. S. 129).

4. Zu Abs. 3: Für die Beschwerde ist keine Frist gesetzt. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung (§ 535 Abs. 1).

5. Zu Abs. 4: Wegen Militärpersonen s. Bem. Nr. 7 zu § 345. — Der Abs. 4 bezieht sich auf die Strafen des Abs. 1, nicht auf die Zwangshaft des Abs. 2. Der Haftbefehl ist vom Civilgericht zu erlassen; dagegen fällt der Vollzug nach §§ 793, 794 der Militärbehörde zu (KPr. S. 131 f., Anl. k zu Prot. d. 168. Sitzung).

6. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 8, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6 GO. f. GV. § 9.

7. Die Frage, ob und in welchem Umfange ein Zeuge, welcher das Zeugnis verweigert hat, dem Beweisführer zum Schadensersatz verpflichtet sei, überläßt das Gesetz dem materiellen Recht. Die für den Regreßprozeß gegen den Zeugen in partikularen Prozeßgesetzen enthaltene Fiktion, daß der Zeuge die zum Zeugnis gestellten Thatsachen bekundet haben würde, ist der CPrO. fremd (Mot. S. 254).

§ 356.

Jeder Zeuge ist einzeln und vor seiner Vernehmung zu beeidigen; die Beeidigung kann jedoch aus besonderen Gründen, namentlich wenn Bedenken

gegen ihre Zulässigkeit obwalten, bis nach Abschluß der Vernehmung ausgesetzt werden.

Die Parteien können auf die Beeidigung verzichten.

Mot. S. 254–257. KPr. S. 132–136, 550, 683, 684. **Vgl. StPrO. § 60.**

1. In den Entwürfen zur CPrO. war, abgesehen von den Fällen des § 358 Abs. 2, nur der promissorische Eid (Voreid) zugelassen. Dies entsprach dem Standpunkt des gem. deutschen Prozesses (KGO. v. 1577 Tit. 77), des franz. Prozesses (c. de proc. art. 262), des englisch-amerikanischen Rechts und der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungsarbeiten. In den Beratungen der JK. d. RT. wurde versucht, an Stelle des promissorischen Eides den in Preußen (AGO. I 10 § 202) und Sachsen (Ges. v. 30. Dez. 1881 § 18) üblichen assertorischen Eid (Nacheid) als die Regel einzuführen, und schließlich, einen Vermittelungsantrage entsprechend, die gegenwärtige Fassung des § 356 beschlossen. Die Beeidigung der Zeugen vor der Vernehmung ist hiernach die Regel. Nur aus besonderen Gründen, namentlich, wenn ein Bedenken gegen die Zulässigkeit der Beeidigung (vgl. § 358) obwaltet, soll die nachträgliche Beeidigung eintreten. Das Gebot der Einzelbeeidigung gilt sowohl für den promissorischen wie für den assertorischen Eid. — Wegen wiederholter Vernehmung desselben Zeugen s. § 363 Abs. 3.

2. Jeder Zeuge muß beeidigt werden, sofern nicht eine der unten ad a bis c aufgeführten Ausnahmen eingreift. Die Beeidigung der Zeugen ist, abgesehen von dem Falle ad c, dem Ermessen des Gerichts nicht anheimgegeben. Das Gericht darf nicht auf Grund des § 259 Zeugen beliebig unbeeidigt vernehmen; es darf nicht die Aussagen von Zeugen, welche unbeeidigt vernommen sind, obwohl sie hätten beeidigt werden sollen, bei der Beweiswürdigung verwerten. Vgl. Mot. S. 256: „Als angemessene Beschränkung des Prinzips der freien Beweiswürdigung setzt der Entwurf als Regel voraus, daß der Zeuge eidlich vernommen wird. Die Erwägung, daß das Verfahren im Civilprozeß vorwiegend durch die Rechte der Privatparteien bestimmt und ihnen eine formelle Garantie für die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen geschuldet wird, verbietet es, die Beeidigung der Zeugen ausschließlich dem Ermessen des Gerichts zu überlassen." [So auch Haase Ztschr. f. d. CPr. V S. 372 ff., RG. 15. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 121 S. 408, 28. Dez. 1883 X Nr. 121 S. 408, 14. Juni 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1150 und 21. Nov. 1883 eod. S. 1151, 3. Jan. 1885 eod. XXIX S. 1100, 14. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 115 S. 416, 20. Mai 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1098; vgl. a. Entsch. d. RG. in StrS. I Nr. 188 S. 403, II Nr. 45 S. 113.] Wurde ein Zeuge, der hiernach hätte beeidigt werden müssen, unbeeidigt vernommen, so ist der § 356 verletzt. Diese Verletzung des Prozeßgesetzes begründet Berufung (§ 501) und Revision (§ 512), kann jedoch nach § 267 durch Verzicht oder durch Präklusion des Rügerechts geheilt werden; denn das Gebot der Beeidigung ist wegen Abs. 2 des § 356 dispositives Prozeßrecht. [Vgl. RG. 5. Febr. 1884 SA. XXIX Nr. 256, 1. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1134, 11. Nov. 1886 Entsch. XVII Nr. 95 S. 380, vgl. a. Entsch. IX Nr. 110 S. 378 f. AM. Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 7 N. 5.] Daß schriftlich vorliegende, unbeeidigte Aussagen von Personen, welche in einem anderen Prozesse oder durch einen Notar vernommen wurden, bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden, ist dadurch nicht ausgeschlossen; denn diese Aussagen sind nicht mit Verletzung des § 356 zustande gekommen [vgl. RG. 26. Juni 1885 Entsch. XV Nr. 89 S. 342].

Ausnahmen: a) Bei Verzicht beider Parteien auf die Beeidigung darf der Richter den Zeugen nicht beeidigen. Auf den Verzicht nur einer Partei hin kann die Beeidigung nicht unterbleiben, auch wenn die Gegenpartei nicht erschienen ist. Die Befugnis, auf die Beeidi-

gung zu verzichten, steht dem Prozeßbevollmächtigten zu. Partikularrechtliche Bestimmungen, welche dazu Spezialvollmacht fordern, sind aufgehoben (KPr. S. 134, 135). Die Würdigung der Beweiskraft der Aussage eines Zeugen, auf dessen Beeidigung verzichtet ist, steht im freien richterlichen Ermessen; das Gericht ist nicht gebunden, einer solchen Zeugenaussage die gleiche Beweiskraft beizumessen, wie einer beeidigten, aber es **kann** dies thun. — Verzicht auf die Beeidigung ist ausgeschlossen in Ehesachen (§ 577) und im Entmündigungsverfahren (§§ 611, 624, 626); konsequenter Weise auch, wenn die Zeugenvernehmung die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte — s. Bem. Nr. 8 litt. c zu § 261 — betrifft [vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 398 ff].

b) Die in § 358 Nr. 1 und 2 aufgeführten Personen dürfen nicht beeidigt werden. Wegen der Beweiskraft ihrer Aussagen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 358.

c) Die Beeidigung der in § 358 Nr. 3 und 4 aufgeführten Personen steht im Ermessen des Gerichts. Wegen der Beweiskraft ihrer Aussagen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 358.

3. Hat der beauftragte oder ersuchte Richter einen Zeugen unbeeidigt vernommen, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen zur unbeeidigten Vernehmung vorlagen, so muß die nachträgliche Beeidigung von dem Prozeßgericht angeordnet werden, wenn nicht die in der Vernehmung **ohne** Eid gelegene Gesetzesverletzung durch Verzicht oder Präklusion des Rügerechts der Parteien geheilt ist.

§ 357.

Der vor der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde;

der nach der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe.

Mot. S. 255. KPr. S. 132—135, 550, 551, 683—685. **Vgl. StPrO. § 61.**

1. Auf das Verfahren bei Abnahme des Zeugeneides finden die §§ 440—446 Anwendung. Versicherung der Richtigkeit der Aussage auf einen geleisteten Diensteid ist nicht zulässig. — Wegen des Gebrauchs von Beteuerungsformeln an Stelle des Eides s. § 446.

2. Ist der Zeuge zu teilweiser Zeugnisverweigerung berechtigt, so bezieht sich der promissorische Eid nicht auf die betreffenden Punkte. Dies braucht nicht durch einen besonderen Vorbehalt ausgesprochen zu werden. Übrigens kann ein solcher Vorbehalt eingeschaltet werden, wenn der Zeuge es zur Beruhigung seines Gewissens verlangt.

§ 358.

Unbeeidigt sind zu vernehmen:

1) Personen, welche zur Zeit der Vernehmung das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben;
2) Personen, welche nach den Bestimmungen der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden;
3) die nach § 348 Nr. 1—3 und § 349 Nr. 1, 2 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Personen, sofern sie von diesem Rechte keinen

Gebrauch machen, die im § 349 Nr. 1, 2 bezeichneten Personen jedoch nur dann, wenn sie lediglich über solche Thatsachen vorgeschlagen sind, auf welche sich das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses bezieht;

4) Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar beteiligt sind.

Das Prozeßgericht kann die nachträgliche Beeidigung der unter den beiden letzten Nummern bezeichneten Personen anordnen.

Mot. S. 255—257. KPr. S. 135, 136, 551, 552. **Vgl. StPrO. §§ 56, 57.**

1. Das Gesetz kennt, wie bereits in Bem. Nr. 1 vor § 338 bemerkt wurde, keine unfähigen Zeugen (testes inhabiles) außer den Parteien und auch keine Zeugen, welche auf Antrag wegen persönlicher Beziehungen zu den Parteien oder aus anderen ihre Glaubwürdigkeit beeinträchtigenden Gründen verworfen werden müßten (testes suspecti). Damit steht die Vorschrift des § 358 in Zusammenhang, welche dem Gerichte die Beeidigung gewisser Zeugen absolut verbietet (§ 358 Nr. 1 und 2), die Beeidigung anderer Zeugen aber, gegen deren Glaubwürdigkeit Bedenken obwalten, dem richterlichen Ermessen anheimstellt (§ 358 Nr. 3 und 4). — Die Würdigung der Beweiskraft von unbeschworenen Aussagen ist dem richterlichen Ermessen ganz anheimgestellt [vgl. RG. 28. Dez. 1883 Entsch. X Nr. 137 S. 416 f.]. Natürlich kommt der Aussage des Zeugen, welcher nach § 358 unbeeidigt vernommen wurde, thatsächlich ein geringeres Maß von Beweiskraft zu als dem beeidigten Zeugnisse.

Das Vorhandensein eines die Beeidigung ausschließenden Umstandes ist von Amtswegen zu berücksichtigen. Die Parteien können auf das Vorhandensein eines solchen Umstandes hinweisen. Ergiebt sich bei der Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter ein Streit darüber, ob ein Zeuge zu beeidigen sei, so ist die Entscheidung des Prozeßgerichts einzuholen.

2. Zu Nr. 1: Ob eine Person wegen mangelnder Verstandsreife 2c. eidesunfähig ist, hat der Richter nach freiem Ermessen festzustellen. Nötigenfalls sind an den Zeugen zunächst geeignete Fragen zu stellen.

3. Zu Nr. 2: Nach StGB. § 161 ist bei jeder Verurteilung wegen (vorsätzlichen) Meineids mit Ausnahme der Fälle in StGB. §§ 157, 158 auf die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkennen. Unter Nr. 2 fallen auch Personen, denen auf Grund früherer oder ausländischer Strafgesetze die Fähigkeit zur Leistung des Zeugeneides aberkannt ist, falls diese Straffolge bei einer Verurteilung ausgesprochen ist, für welche sie auch nach StGB. § 161 eintreten würde.

4. Zu Nr. 3: Da die in den §§ 348 Nr. 1—3, 349 Nr. 1 und 2 aufgeführten Personen bezüglich der in § 350 Nr. 1—4 bezeichneten Thatsachen nicht zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, so müssen sie, wenn sie nur über solche Thatsachen zu vernehmen sind, beeidigt werden. Wenn sie teils über Thatsachen, die unter § 350 Nr. 1—4 fallen, teils über andere zu vernehmen sind, so ist die Beeidigung nicht zu spalten; dieselbe trifft die ganze Aussage.

5. Zu Nr. 4: Unmittelbar beteiligt bei dem Ausgang des Prozesses sind nur die Personen, deren Rechts- oder Pflichtenkreis in rechtlichem Zusammenhang mit dem Streitverhältnisse steht, z. B. Mitberechtigte, Mitverpflichtete, Regreßpflichtige, Bürgen, der Gemeinschuldner in Prozessen des Konkursverwalters 2c. Nicht unmittelbar beteiligt sind Personen, welche nur ein faktisches wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Streites haben, z. B. die mutmaßlichen Erben, die Alimentationsverpflichteten, die Gläubiger der Parteien, die Agenten oder Handlungsgehülfen bezüglich der unter ihrer Mitwirkung abgeschlossenen Geschäfte 2c.

[Vgl. RG. 15. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 121 S. 411 (hier ist die Entstehungsgeschichte der Nr. 4 des § 358 ausführlich dargestellt), 20. Mai 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1098, 3. Jan. 1885 eod. S. 1101, OLG. Hamburg SA. XLII Nr. 259].

6. Zu Abs. 2: Die nachträgliche Beeidigung kann nur von dem Prozeßgericht, nicht von dem beauftragten oder ersuchten Richter, angeordnet werden. Die nachträgliche Beeidigung wird ausgeschlossen durch den Verzicht der Parteien auf die Beeidigung (KPr. S. 135). — Es entspräche nicht dem Gesetze, wenn das Gericht, weil es die unbeeidigte Aussage nicht für wahr hält, die nachträgliche Beeidigung zur Erzwingung der Wahrheit anordnete; denn Meineide sollen verhütet werden. Vielmehr wird die nachträgliche Beeidigung dann anzuordnen sein, wenn das Gericht die Aussage für wahr hält und deswegen kein Bedenken trägt, deren Gewicht durch die Beeidigung noch zu verstärken. Hat das Gericht in der irrtümlichen Annahme, die in Nr. 3 und 4 genannten Personen könnten nur unbeeidigt vernommen werden, die Beeidigung nicht in Erwägung gezogen, so ist das Gesetz verletzt und Revision begründet [RG. Entsch. VIII S. 409].

§ 359.

Jeder Zeuge ist einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen.

Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, können einander gegenüber gestellt werden.

Mot. S. 255—257. KPr. S. 136, 552. **Vgl. StPrO. § 58.**

1. Die abgehörten Zeugen können während der Vernehmung anderer Zeugen anwesend sein. Natürlich kann das Gericht einen abgehörten Zeugen veranlassen, während der Vernehmung eines anderen Zeugen abzutreten. Die vernommenen Zeugen dürfen sich erst nach nach Schluß des Termins entfernen, wenn sie nicht früher vom Gericht entlassen werden.

2. Die Gegenüberstellung von Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, ist fakultativ, aber unabhängig von einem Antrag der Parteien. Zum Zwecke der Gegenüberstellung kann die wiederholte Vernehmung eines Zeugen angeordnet werden (§ 363 Abs. 1).

§ 360.

Die Vernehmung beginnt damit, daß der Zeuge über Vornamen und Zunamen, Alter, Religionsbekenntnis, Stand oder Gewerbe und Wohnort befragt wird. Erforderlichenfalls sind ihm Fragen über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen.

Mot. S. 255—257. KPr. S. 136, 552. **Vgl. StPrO. § 67.**

1. Die Vernehmung beginnt mit den auf die Person des Zeugen bezüglichen Generalfragen. Weitere Generalfragen sind nicht notwendige Bestandteile der Vernehmung, sondern nur „erforderlichenfalls“ vorzulegen.

2. Der Zeugeneid erstreckt sich auch auf die Beantwortung der Generalfragen. Hat der Vorsitzende, um sich über die Identität des Zeugen und darüber, ob der Zeuge nicht zu den in § 358 genannten Personen gehört, zu vergewissern, vor Abnahme des promissorischen Eides Generalfragen an den Zeugen gerichtet, so sind die Fragen, damit die Antwort vom Eide gedeckt werde, soweit erforderlich, nach der Abnahme des promissorischen Eides zu wiederholen (KPr. S. 135). [Vgl. Rspr. d. RG. i. StrS. VI S. 68.]

§ 361.

Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben.

Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nötigenfalls weitere Fragen zu stellen.

Der Vorsitzende hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

Mot. S. 255–257. KPr. S. 136–139, 552. **Vgl. StPrO. §§ 68, 239 Abs. 1.**

1. Die Vernehmung der Zeugen und die Stellung der nötigen Fragen (Abs. 2) ist zunächst Sache des Vorsitzenden. Es ist nicht zulässig, daß der Vorsitzende seine auf die Sachleitung bezüglichen Befugnisse insgesamt einem beisitzenden Richter überträgt (s. Bem. Nr. 4 zu § 127). Wohl aber kann er nach der Beeidigung einem Beisitzer die Vernehmung überlassen. Zur Stellung einzelner Fragen muß den Beisitzern das Wort gegeben werden.

2. Der Zeuge hat mündlich auszusagen. In dem mündlichen Vortrage kann auf einzelne Aufzeichnungen Bezug genommen, es können solche Aufzeichnungen verlesen und übergeben werden. Die Übergabe eines Schriftstückes, welches die Aussage enthält, ist gesetzwidrig. Die Rüge der Gesetzwidrigkeit kann jedoch nach § 267 ausgeschlossen werden [vgl. RG. 10. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1133, 1. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 21 S. 116]. Wegen Vernehmung tauber oder stummer Personen s. GVG § 188.

3. Die bei der Verhandlung beteiligten Personen, das sind die Parteien bezw. ihre Vertreter, Beistände, die Nebenintervenienten und der Zeuge, nicht die Beisitzer und der Gerichtsschreiber (s. Bem. Nr. 3 zu § 131), können Fragen des Vorsitzenden als unzulässig beanstanden und über die Zulässigkeit eine gerichtliche Entscheidung provozieren (§ 131). Die Entscheidung ist Beschluß (s. Bem. Nr. 4 zu § 131). Nur über die Zulässigkeit, nicht über die Zweckmäßigkeit einer Frage kann die Entscheidung provoziert werden (Bem. Nr. 1 zu § 131). Unzulässig sind durch das Gesetz verbotene Fragen (§ 348 Abs. 3), ferner suggestive, verfängliche und nicht zur Sache gehörige Fragen.

Beanstandet eine bei der Verhandlung beteiligte Person die Frage eines Beisitzers, so greift zunächst der Vorsitzende kraft seiner Direktorialbefugnis (§ 127) ein. Hält er die Frage aufrecht, so können die Beteiligten wieder die Entscheidung des Gerichts veranlassen. Weist der Vorsitzende die Frage eines Beisitzers zurück, so kann dieser keine Entscheidung des Gerichts provozieren.

Wegen Fragen, welche die Parteien stellen oder gestellt haben wollen, s. § 362.

Wegen Beanstandung der Zulässigkeit einer Frage bei Zeugenvernehmungen vor dem beauftragten oder ersuchten Richter s. Bem. litt. d zu § 365.

§ 362.

Die Parteien sind berechtigt, dem Zeugen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, welche sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse des Zeugen für dienlich erachten.

Der Vorsitzende kann den Parteien gestatten, und hat ihren Anwälten auf Verlangen zu gestatten, an den Zeugen unmittelbar Fragen zu richten.

Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht.

Mot. S. 256. KPr. S. 139, 140, 552, 685, 686. Prot. d. 168sten Sitzung S. 3.

1. Den Parteien oder ihren Bevollmächtigten kann nicht die Vernehmung eines Zeugen überlassen werden (anders StPrO. § 238). Nur die Stellung einzelner Fragen im Nachtrage zur Vernehmung ist ihnen zu gestatten.

2. Zu Abs. 1: „Vorlegen zu lassen" d. i. durch den Vorsitzenden. Von der direkten Fragestellung handelt Abs. 2. — „Welche sie erachten". Es soll prinzipiell jede Frage gestellt werden dürfen, sofern nicht besondere Gründe der Ablehnung vorliegen. Der Prozeß ist erst gehörig instruiert, wenn beide Parteien die zulässigen, von ihnen für zweckdienlich gehaltenen Fragen gestellt haben (KPr. S. 140).

3. Zu Abs. 2: Die Partei selbst, der gesetzliche Vertreter einer Partei und der Bevollmächtigte, welcher nicht Anwalt ist, haben kein Recht auf direkte Fragestellung. Doch kann ihnen der Vorsitzende dieselbe gestatten. Die Anwälte haben sowohl im Anwalts- wie auch im Parteiprozeß ein Recht auf direkte Fragestellung. Doch haben sie vorher den Vorsitzenden um die Erlaubnis dazu anzugehen. Sollte der Vorsitzende entgegen der klaren Gesetzesvorschrift die Erlaubnis verweigern, so stände Provokation an das Gericht offen (§ 131).

4. Zu Abs. 3: Die Entscheidung des Gerichts wird notwendig: a) wenn der Vorsitzende eine von der Partei beantragte Frage dem Zeugen vorzulegen verweigert (Abs. 1); b) wenn eine Partei oder Anwalt, nachdem ihnen die direkte Fragestellung gestattet ist (Abs. 2), eine Frage stellen, welche der Vorsitzende für unzulässig hält; c) wenn eine bei der Verhandlung beteiligte Person (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 361) eine Frage der Partei oder des Anwalts für unzulässig erklärt. Die Entscheidung ist Zwischenurteil, anfechtbar erst mit dem Endurteil. Nur über die Zulässigkeit, nicht über die Zweckmäßigkeit einer Frage kann Entscheidung verlangt werden. Welche Fragen unzulässig sind, s. Bem. Nr. 3 Abs. 1 zu § 361.

5. Die Vorschriften des § 362 finden auf die Zeugenvernehmung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter entsprechende Anwendung (§ 365).

§ 363.

Das Prozeßgericht kann nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen.

Hat ein beauftragter oder ersuchter Richter bei der Vernehmung die Stellung der von einer Partei angeregten Frage verweigert, so kann das Prozeßgericht die nachträgliche Vernehmung des Zeugen über diese Frage anordnen.

Bei der wiederholten oder der nachträglichen Vernehmung kann der Richter statt der nochmaligen Beeidigung den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern lassen.

Mot. S. 257. KPr. S. 140, 552. Prot. d. 163sten Sitzung. Anl. C.

1. Zu Abs. 1: Die wiederholte Vernehmung kann vom Prozeßgericht nach mündlicher Verhandlung auf Antrag oder von Amtswegen durch Beweisbeschluß angeordnet werden. Anlässe dazu sind z. B., daß die Aussage unvollständig, unklar, oder daß Konfrontation nötig ist, oder daß die Besetzung des Gerichts wechselte, oder daß durch Zeitablauf die Aussage in der Erinnerung der Richter nicht mehr genügend feststeht ꝛc. Ordnet das Prozeßgericht die wiederholte Vernehmung eines Zeugen an, so ist es nicht an die in dem früheren Beweisbeschlusse bestimmte Modalität der Zeugenvernehmung gebunden. Es kann insbesondere anordnen, daß der vor dem beauftragten oder ersuchten Richter vernommene Zeuge jetzt vor dem Prozeßgericht vernommen werde. — Auch der beauftragte und ersuchte Richter kann die nochmalige Vernehmung eines Zeugen vornehmen (§ 365 a. E).

2. Zu Abs. 2: Die Vorschrift hängt zusammen mit § 365, wo der beauftragte und ersuchte Richter zur vorläufigen Entscheidung über die Zulässigkeit einer Frage ermächtigt ist.

3. Zu Abs. 3: Bei der wiederholten (Abs. 1) wie bei der nachträglichen (Abs. 2) Vernehmung steht es im Ermessen des Prozeßgerichts bzw. des beauftragten oder ersuchten Richters, wenn dieser die nochmalige Vernehmung vornimmt, die Beeidigung zu wiederholen oder den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern zu lassen. Die frühere Fassung des Abs. 3: „Bei der wiederholten oder nachträglichen Vernehmung genügt statt der Beeidigung die Berufung auf den geleisteten Eid" wurde geändert, um die Auslegung, daß die Beeidigung nicht wiederholt werden dürfe, auszuschließen (vgl. Anl. C zum Prot. der 163. Sitzung d. JK. d. RT.) Bloße Hinweisung auf den früher geleisteten Eid ersetzt nicht die Versicherung der Richtigkeit der Aussage; aber die durch die Unterlassung begangene Gesetzesverletzung kann nach § 267 gehoben werden [RG. 24. Febr. 1883 Entsch. IX Nr. 110 S. 377].

4. § 363 ist auch in der Berufungsinstanz anwendbar; insbesondere auch Abs. 3 bezüglich der in erster Instanz vernommenen Zeugen [Haase Ztschr. f. d. CPr. V S. 378 ff. AM. Bünger eod. IV S. 369 N. 4].

§ 364.

Die Partei kann auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, verzichten, der Gegner kann aber verlangen, daß der erschienene Zeuge vernommen und, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, daß dieselbe fortgesetzt werde.

Mot. S. 257. KPr. S. 140, 552.

1. Der Grundsatz des früheren gem. Prozeßrechts, daß durch die Beweisantretung die Beweismittel gemeinschaftlich werden (s. Wetzell § 25 N. 3a), ist der CPrO. fremd. Die Aufnahme der Beweise geschieht auf Vorschlag des Beweisführers; dieser kann daher, so lange der Beweis noch nicht erhoben ist, auf den angebotenen Beweis ohne des Gegners Zustimmung verzichten. Da aber der Gegner nicht gehindert ist, sich seinerseits der aufgegebenen Beweismittel zu bedienen, so vereinfacht und beschleunigt es das Verfahren, wenn der § 364 bestimmt, daß der anwesende Gegner, die Vernehmung des erschienenen Zeugen oder, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, die Fortsetzung derselben verlangen kann. Ob der Verzicht in dem Termine oder vorher erklärt wurde, macht, wenn der Zeuge erschienen ist, keinen Unterschied. Der § 364 gilt sowohl für den Fall, daß der Vernehmungstermin vor dem Prozeßgericht, als für den Fall, daß er vor einem beauftragten oder ersuchten Richter anberaumt war (vgl. Mot. S. 257).

Dem § 364 entspricht der auf den Beweis durch Urkunden bezügliche § 401.

2. Auch wenn die Gegenpartei von der Befugnis des § 364 keinen Gebrauch gemacht hat, ist sie immer noch in der Lage, einen Zeugen, auf den der Gegner verzichtet hat, ihrerseits vorzuschlagen (KPr. S. 140). — Die Partei, welche auf einen Zeugen in der ersten Instanz verzichtet hat, kann denselben in der Berufungsinstanz wieder vorschlagen.

§ 365.

Der mit der Beweisaufnahme betraute Richter ist ermächtigt, im Falle des Nichterscheinens oder der Zeugnisverweigerung die gesetzlichen Verfügungen zu treffen, auch dieselben, soweit dieses überhaupt zulässig ist, selbst nach Erledigung des Auftrages wieder aufzuheben, über die Zulässigkeit einer dem

Zeugen vorgelegten Frage vorläufig zu entscheiden und die nochmalige Vernehmung eines Zeugen vorzunehmen.

KPr. S. 140, 552.

Durch § 365 ist der beauftragte und der ersuchte Richter ermächtigt:

a) den ausgebliebenen Zeugen, nach § 345 zu bestrafen und dessen zwangsweise Vorführung anzuordnen;

b) den erschienenen Zeugen, welcher ohne Grundangabe oder nach rechtskräftiger Verwerfung des geltend gemachten Grundes das Zeugnis oder die Eidesleistung verweigert, nach § 355 Abs. 1 zu bestrafen, auch die Zwangshaft nach § 355 Abs. 2 gegen den Zeugen zu verhängen;

c) die nach §§ 345 oder 355 getroffenen Verfügungen jederzeit, auch nachdem der Auftrag erledigt ist, zurückzunehmen (vgl. § 346).

Gegen die Verfügungen ad a und b kann die Entscheidung des Prozeßgerichts angerufen werden (§ 539 Abs. 1). Die Beschwerde (§§ 345 Abs. 3, 355 Abs. 3) findet erst gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts statt.

d) Der beauftr. oder ers. Richter ist ferner ermächtigt, über die Zulässigkeit einer von ihm selbst gestellten oder gemäß § 361 Abs. 1 oder 2 von der Partei verlangten oder gestellten Frage *vorläufig* zu entscheiden. Die Entscheidung ist, wie jede Entscheidung des beauftr. oder ers. Richter Verfügung, obwohl der Stoff zu einem Zwischenstreit vorliegt. [Vgl. Schollmeyer Zwischenstreit S. 67. f.] Entscheidet der Richter für Zulässigkeit der Frage, so ist die Frage zu stellen, ohne daß über die Frage der Zulässigkeit eine vorherige Entscheidung des Prozeßgerichts veranlaßt werden kann. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 298, A. Förster N. 1 c. Unrichtig Hellmann Komm. II S. 256, v. Sarwey II S. 531.] Nur wenn *der Zeuge* die Beantwortung der Frage unter Angabe eines Zeugnisverweigerungsgrundes verweigert, ist nach § 354 die Sache dem Prozeßgericht zur Entscheidung vorzulegen. Bei Weigerung ohne Grundangabe wird er bestraft. — Die Entscheidung des beauftr. oder ers. Richters über die Zulässigkeit einer Frage ist insofern eine provisorische, als das Prozeßgericht nach mündlicher Verhandlung eine andere Entscheidung treffen kann. Fällt diese Entscheidung dahin aus, daß die vom b. oder e. Richter für unzulässig erachtete Frage zulässig sei, so ist nach § 363 Abs. 2 zu verfahren. Im umgekehrten Fall ist die Antwort auf die nach Ansicht des Prozeßgerichts nicht zulässige Frage bei der Beweiswürdigung außer Betracht zu lassen. Ein Änderungsgesuch im Sinne des § 539 ist gegen die Entscheidung des b. oder e. Richters nicht zulässig, ebensowenig eine Beschwerde gegen das Zwischenurteil des Prozeßgerichts.

e) Endlich kann der b. oder e. Richter die nochmalige Vernehmung eines Zeugen verfügen. Hierzu wird er veranlaßt sein, wenn die frühere Vernehmung lückenhaft war. Wegen Bestimmung des Termins s. § 333.

§ 366.

Jeder Zeuge hat nach Maßgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumnis und, wenn sein Erscheinen eine Reise erforderlich macht, auf Erstattung der Kosten Anspruch, welche durch die Reise und den Aufenthalt am Orte der Vernehmung verursacht werden.

Mot. S. 257. KPr. S. 140, 552. **Vgl. StPrO. § 70.**

Maßgebend ist die GO. f. Z. u. S. v. 30 Juni 1878 (RGBl. S. 173 ff.). Die Gebühren werden nur auf Verlangen gewährt. Die Ansprüche der Zeugen richten sich gegen

die Kasse des Staates, vor dessen Gericht der Zeuge geladen ist; also im Falle der Ladung vor ein ersuchtes Gericht gegen die Kasse des Staates, welchem dieses Gericht angehört. Wegen Berechnung der Gebühren ausländischer Zeugen und wegen Reisevorschusses bei weiter Entfernung s. GVG. § 166.

Achter Titel.

Beweis durch Sachverständige.

Litteratur: Gönner Handb. 2. Aufl. II S. 427, Bayer Vorträge § 249, Renaud 2. Aufl. S. 314 ff., Wetzell 3. Aufl. S. 528 ff., Mittermaier Arch. f. c. Pr. II S. 119 ff., Walther eod. XXVI S. 85 ff., 249 ff. (daselbst ist die ältere Litt. ziemlich vollständig zusammengestellt), Strippelmann die Sachverständigen (Kassel 1868), Wach Kr. VJSchr. XIV S. 333 ff., Vortr. S. 57 ff., M. Obermeyer d. L. v. d. Sachverständigen (München 1880), Birkmeyer in v. Holtzend. Rechtslex. III S. 512 ff., v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. II S. S. 328 ff., Langenbeck eod. IV S. 489 ff., A. Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 243 ff. Wendt eod. LXIII S. 269 ff., Hellmann Lehrb. S. 559 ff.; vgl. a. Glaser Handb. d. StPr. I S. 670 ff., John StrPrO. I S. 514 ff.

Welche Stellung der Sachverständige (Kunstverständige, Experte) im Prozesse einnimmt, ist bestritten. Dogmengeschichtliche Angaben bei Walther und Obermeyer a. a. O. Ältere Schriftsteller haben die Sachverständigen mit den Zeugen auf eine Stufe gestellt. Von anderen wird die Verschiedenheit zwischen Zeugen und Sachverständigen betont, ohne von dem Zeugenbegriffe los zu kommen; sie bezeichnen die Sachverständigen als rationale im Gegensatz zu faktischen Zeugen. Andere unterscheiden zwischen den auf Antrag der Parteien und den von Amtswegen beigezogenen Sachverständigen und betrachten die ersteren als Beweismittel, die letzteren als Richtergehülfen. [So insbesondere Mittermaier Arch. f. c. Pr. II S. 119 ff., Walther a. a. O. S. 111 und Obermeyer S. 52.] Wieder andere [z. B. Bayer, Renaud und jetzt wieder Birkmeyer a. a. O.] unterscheiden zwischen wahrnehmenden (darstellenden) und urteilenden Sachverständigen. Unter ersteren verstehen sie diejenigen, welche zum Zwecke der gerichtlichen Deposition erst noch eine Wahrnehmung bethätigen müssen, also namentlich die zum Augenschein beigezogenen Sachverständigen, deren Aufgabe es ist, die dem Richter bei dem Augenschein vorliegenden Thatsachen kunstgemäß zu bezeichnen; unter letzteren diejenigen, welche aus erwiesenen oder selbst noch des Beweises bedürftigen Thatsachen, eine Folgerung ziehen, zu welcher besondere Kenntnisse gehören. Die wahrnehmenden Sachverständigen sollen den Zeugen näher stehen, als die urteilenden. Diese Unterscheidungen verwerfend nehmen andere [zuerst wohl Gönner, in letzter Zeit besonders Wetzell a. a. O.] für alle Sachverständige die Stellung von Richtergehülfen in Anspruch.

Das Gesetz steht auf dem letzteren Standpunkt. Ohne Unterscheidung zwischen den auf Antrag und den von Amtswegen beigezogenen, zwischen wahrnehmenden und urteilenden Sachverständigen, behandelt es die Sachverständigen als Richtergehülfen. Die Motive bemerken: „Zur

> Beurteilung streitiger Parteibehauptungen können besondere Kenntnisse erforderlich sein, deren Besitz nur durch eine auf dieselbe gerichtete spezielle wissenschaftliche Thätigkeit, durch technische oder gewerbsmäßige Übung erlangt werden kann, und welche daher dem Richter regelmäßig nicht beiwohnen. In solchen Fällen ist der Richter thatsächlich genötigt, sich des Beirats solcher Personen zu bedienen, welche jene Kenntnisse besitzen. Die Sachverständigen sind Gehülfen des Richters; indem sie demselben ein auf besondere Sachkenntnisse gestütztes Gutachten über feststehende oder als feststehend angenommene Thatsachen erstatten, und — auch wenn sie bei Einnahme des Augenscheins als wahrnehmende oder darstellende Sachverständige fungierten — ein zur Vorbereitung der richterlichen Entscheidung dienendes

Urteil abgeben. Dieses Prinzip ist in Verbindung mit dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung für die Vorschriften des Gesetzes über den Sachverständigenbeweis maßgebend gewesen."

Konsequenzen des dargelegten Standpunkts sind: a) Das Gericht kann stets von Amtswegen die Begutachtung von Sachverständigen anordnen (§ 135). b) Die Auswahl der Sachverständigen erfolgt durch das Gericht (§ 369 Abs. 1—3, nicht ganz passend: Abs. 4). c) Die Sachverständigen können wie Gerichtspersonen abgelehnt werden (§ 371). d) Das Gericht kann nach freiem Ermessen weitere Gutachten einholen (§ 377). e) Der Richter ist nicht genötigt, auf Parteiantrag Sachverständige beizuziehen, wenn er sich selbst die erforderliche Sachkunde beimißt; er darf seine eigenen Kenntnisse verwerten. Der Nordd. Entw. § 538 sprach dies ausdrücklich aus. Mit Recht erklären die Mot. S. 258 eine derartige Bestimmung für „teils entbehrlich, teils bedenklich". Sie ist entbehrlich, weil der Satz schon aus der Stellung der Sachverständigen als Richtergehülfen folgt; bedenklich, weil sie dazu verleiten könnte, übergroßes Gewicht auf eigene Sachkunde zu legen. Die Spezialvorschriften in § 407 und GVG. § 118 sind nicht als Ausnahmen, sondern als Anwendungen der Regel auf besonders hervorgehobene Fälle zu betrachten. [So auch Struckm. Koch N. 2 zu § 368, Wilm. Levy S. 519, Gaupp II S. 305, Petersen N. 1 zu § 367, A. Förster N. 4 zu § 368, Obermeyer a. a. O. S. 86 ff., Heusler a. a. O. S. 264. AM. v. Bülow N. 2 zu § 368]. Ein Gebot, Sachverständige beizuziehen, besteht nur im Entmündigungsverfahren (§§ 593, 598).

Dem Standpunkt des Gesetzes widerspricht es nicht, daß auf den Beweis durch Sachverständige die Vorschriften über den Zeugenbeweis vorbehaltlich der abweichenden Bestimmungen des achten Titels entsprechende Anwendung finden; denn durch die Bestimmungen des achten Titels sind die Vorschriften über Zeugenbeweis in den Punkten, in welchen sie der Stellung des Sachverständigen als Richtergehülfen widersprächen, modifiziert.

2. Von den Sachverständigen zu unterscheiden sind die sog. sachverständigen Zeugen, d. i. Personen, welche über vergangene Thatsachen oder Zustände aussagen sollen, zu deren Wahrnehmung besondere Sachkenntnisse gehören. Diese Personen sind wirkliche Zeugen. Auf dieselben finden nur die Vorschriften über Zeugenbeweis Anwendung (§ 379).

3. Von Sachverständigen handeln folgende Reichsgesetze: a) HGB. Art. 57, 162, 254, 348, 365, 407, 499, 522, 573, 609, 612, 614, 711, 713, 714, 721. Vgl. dazu EG. z. CPrO. § 13 Abs. 4. b) Ges. vom 11. Juni 1870, das Urheberrecht an Schriftwerken betr., §§ 30, 31, 43, 49, 56. c) Ges. v. 31. März 1873, betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, § 12. d) Ges. v. 13. Juni 1873 über die Kriegsleistungen, §§ 12, 19, 24 bis 26, 33. Dazu Verordn. v. 1. April 1876 I Nr. 1 zu 3, Nr. 5—8. IV. Nr. 12 VII Nr. 16. e) Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 § 17. f) Ges. v. 13. Febr. 1875 über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden § 14. Instr. vom 2. Sept. 1875 Nr. 8. g) Ges. v. 9. Jan. 1876, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, § 16. h) Ges. v. 10. Jan. 1876, betr. den Schutz der Photographien, § 10. i) Ges. v. 11. Jan. 1876, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen, § 14 k) Ges. v. 7. April 1876 über die eingeschriebenen Hülfskassen §§ 25, 26. l) GVG. §§ 118, 166, 178, 179, 182, 183. m) StrPrO. §§ 72—85. n) KO. §§ 67, 113. o) Patentges. v. 25. Mai 1877 § 13 Abs. 2, § 14 Abs. 5, § 24 Abs. 2, § 29 Abs. 1. § 31. p) Ges. v. 27. Juli 1877, betr. die Untersuchung von Seeunfällen, § 7 Abs. 3, § 16 Abs. 2, § 19, Abs. 2 § 29. q) Ges. v. 10. Juli 1879, betr. die Kons.-Gerichtsbarkeit, § 39. r) Ges. v. 16. Juli 1879, betr. die Best. des Tabaks, § 7. s) Ges. v. 1. Juli 1881, betr. die Erh. von Reichsstempelabgaben, in d. Fass. d. Bekanntm. v. 3. Juni 1885, § 40, dazu das

abändernde Gesetz v. 29. Mai 1885 § 28a. t) Unfallversicherungsgesetz v. 6. Juli 1884, §§ 91, 92, 101, 107, dazu die VO. v. 2. Nov. 1885 über d. Verf. vor den auf Grund des Unf.Vers.Ges. errichteten Schiedsgerichten §§ 16, 17. u) Ges. v. 5. Mai 1886, betr. die Unfall- und Krankenversich. d. i. land- und forstwirtsch. Betrieben besch. Arbeiter, §§ 54, 58, 91, 92, 111, 121, 127. v) Ges. v. 21. Juni 1884, betr. Abänderung u. Ergänzung der Gesetze über die Quartierleistung u. über die Naturalleistungen an die bewaffnete Macht im Frieden §§ 4, 7. w) Ges. v. 13. Juli 1887, betr. die Unfallversicherung der Seeleute ꝛc. §§ 56, 63, 115. — Strafbestimmungen gegen Sachverständige enthält StGB. §§ 138, 154, 155 Nr. 2, 157, 161.

§ 367.

Auf den Beweis durch Sachverständige finden die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung, insoweit nicht in den nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten sind.

Mot. S. 257, 258. KPr. S. 140, 552. **Vgl. StPrO. § 72.**

Übersicht: § 338 ist ersetzt durch § 368. — § 339 findet auf den Beweis durch Sachverständige nicht Anwendung. Einerseits ist nämlich die Befugnis des Gerichts, die Vernehmung neuer Sachverständiger zurückzuweisen, nicht auf die Voraussetzungen beschränkt, welche § 339 zur Zurückweisung der Vernehmung erfordert — wenn das Gericht kein Bedürfnis nach Zuziehung von Sachverständigen für vorhanden erachtet, so kann es nicht bloß die Vernehmung neuer Sachverständiger, sondern die Vernehmung Sachverständiger überhaupt ablehnen, ohne den Antrag des Gegners abwarten und ohne die Überzeugung haben zu müssen, daß die Partei in der Absicht den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit die Sachverständigen nicht früher benannt hat. Andererseits ist nicht abzusehen, wieso das Gericht, wenn es zur Wahrheitsvermittelung der Sachverständigen noch zu bedürfen glaubt, Anträge auf Vernehmung von solchen wegen Verspätung abweisen könnte, da das Gericht in diesem Falle doch von Amtswegen Sachverständige beiziehen müßte. [Vgl. Obermeyer a. a. O. S. 92. AM. Hellmann Komm. II S. 267, Lehrb. S. 566, RG. 7. Okt. 1882 Entsch. VII S. 392 (beiläufig), bay. o. LG. Samml. v. Entsch. IX S. 514 (die letzte Entscheidung ist übrigens aus den S. 515 angef. Gründen im Resultate richtig).] — § 340 findet entsprechende Anwendung. Es ist möglich, daß die besonderen Kenntnisse, welche der Sachverständige in dem Gutachten verwerten soll, Gegenstand der Amtsverschwiegenheit sind (z. B. die Kenntnis der Fabrikationsmethode gewisser in Staatswerkstätten gefertigten Waffen). — Die §§ 342 und 343 finden entsprechende Anwendung. — § 344 findet auf den von einer Partei angetretenen Sachverständigenbeweis entsprechende Anwendung (vgl. a. GKG. §§ 84 und 85); doch kann das Gericht, auch wenn der Vorschuß innerhalb der bestimmten Frist nicht geleistet wurde, immer noch die Zuziehung des Sachverständigen ex officio beschließen [RG. 7. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 118 S. 390]. — § 345 ist durch § 374 ersetzt. Nur die Bestimmung, daß die Verurteilung zur Ungehorsamsstrafe von Amtswegen erfolgt, ist anwendbar. Die §§ 346—349 finden entsprechende Anwendung. — § 350 hat keine Bedeutung. — Die §§ 351—354 finden entsprechende Anwendung. — § 355 ist durch § 374 ersetzt. Nur die Bestimmung, daß die Verurteilung zur Strafe von Amtswegen erfolgt, ist anwendbar. — § 356 ist durch § 375 ersetzt. Nur die Vorschrift der Einzelbeeidigung ist anwendbar. — § 357 ist durch § 375 ersetzt. — § 358 ist nicht anwendbar; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 375. — § 359 findet entsprechende Anwendung mit der Maßgabe, daß ein gemeinsames Gutachten mehrerer Sachverständigen verlangt werden kann. (Bem. Nr. 1 zu § 376.) — Die §§ 360—363 finden entsprechende Anwendung. — § 364 ist nicht anwend-

bar; der Verzicht der Parteien auf Vernehmung von Sachverständigen nötigt das Gericht nicht, von der Vernehmung abzustehen (Nordd. Entw. § 551) [AM. v. Bülow N. 2 zu § 375]. Natürlich kann das Gericht auf Anregung der Partei nach mündlicher Verhandlung den Beweisbeschluß, welcher Sachverständige ernannte, zurücknehmen oder ändern. — § 365 findet entsprechende Anwendung. — § 366 ist durch § 378 ersetzt.

§ 368.

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte.

Mot. S. 258. KPr. S. 140, 552.

1. Da das Gericht die Befugnis und die Verpflichtung hat, Sachverständige ohne Parteiantrag zu ernennen, wenn es deren bedarf, andererseits auch auf Parteiantrag Sachverständige nicht ernennen muß, wenn es deren nicht zu bedürfen glaubt (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 4 litt. e vor § 367), ist der Antrag auf Beiziehung von Sachverständigen nur Anregung der Offizialthätigkeit (Nordd. Pr. S. 752 f.). Auch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte dient nur zur Instruktion des Gerichts; das Gericht kann andere Punkte zur Begutachtung aussetzen. Die zu begutachtenden Punkte sind in dem Beweisbeschluß zu bezeichnen und in die Ladung aufzunehmen (§ 342 Nr. 1 und 2). Zu einer Bezeichnung von Sachverständigen ist die Partei auch im Falle des § 368 nicht verbunden.

2. Die Partei, welche die Zuziehung von Sachverständigen beantragt, übernimmt dadurch nicht die Beweispflicht.

§ 369.

Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch das Prozeßgericht. Dasselbe kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken. Es kann an Stelle der zuerst ernannten Sachverständigen andere ernennen.

Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so sollen andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern.

Das Gericht kann die Parteien auffordern, Personen zu bezeichnen, welche geeignet sind, als Sachverständige vernommen zu werden.

Einigen sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu geben; das Gericht kann jedoch die Wahl der Parteien auf eine bestimmte Anzahl beschränken.

Mot. S. 258, 259. KPr. S. 140—142, 552. **Vgl. StPrO. § 73.**

1. Zu Abs. 1: Die Auswahl der Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl durch das Gericht ist Folge der Behandlung der Gutachter als Richtergehülfen.

2. Zu Abs. 2: Die Vorschrift hat nur instruktionelle Bedeutung („sollen"). Sie beruht auf einem Beschl. d. JK. d. RT. und bezweckt, einerseits den Richter auf die staatlich bestellten Sachverständigen, welche durch ihre Prüfung und Stellung eine gewisse Garantie für ein sachgemäßes Gutachten bieten, hinzuweisen, andererseits die nicht öffentlich bestellten Sachverständigen zu entlasten. Insbesondere Gerichtsärzte, Amtsärzte, Gerichts- und Amts-Tierärzte, öffentlich als Sachverständige bestellte Chemiker kommen in Betracht. In der JK. d. RT. wurde erklärt, unter den öffentlich bestellten Sachverständigen, die in der Regel heranzuziehen sind, seien nur in dem Gerichtsbezirk wohnende zu verstehen. Im Gesetze ist das

nicht gesagt; aber gewiß wäre es unzweckmäßig, wenn der Richter einen auswärtigen Gerichtsarzt lediglich um seiner öffentlichen Bestallung willen zum Sachverständigen berufen wollte, während ein zum Gutachter ebenso gut qualifizierter Arzt am Gerichtssitze sich befindet. — Die „besonderen Umstände" können in der Art des erforderlichen Gutachtens begründet sein (z. B. es ist das Gutachten eines Spezialisten wünschenswert). Überhaupt kann der Richter ohne Gründe angeben zu müssen, die öffentlich bestellten Sachverständigen umgehen. — Wegen Begutachtung durch das Patentamt vgl. RG. 20. Dez. 1881 Entsch. VI Str. 96 S. 337.

3. Zu Nr. 3: Die Aufforderung der Parteien steht ganz in dem Ermessen des Gerichts. Nur in der mündlichen Verhandlung kann die Aufforderung ergehen. Die Aufforderung bindet das Gericht in keiner Weise, die von den Parteien vorgeschlagenen Personen zu Sachverständigen zu ernennen. — Die Aufforderung ergeht an die Parteien, nicht an eine Partei. Bezeichnen die Parteien niemanden, so kann das Gericht immer noch Sachverständige ernennen.

4. Zu Abs. 4: Die Vorschrift beschränkt das Gericht nicht hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob überhaupt Begutachtung durch Sachverständige nötig ist. Aber wenn das Gericht solche für nötig hält und die Parteien über bestimmte Personen sich einigen, so cessiert zunächst die Befugnis des Gerichts die Sachverständigen zu wählen; es darf die Sachverständigen, auf welche die Parteien sich einigten, nicht bei Seite schieben, auch zunächst nicht denselben andere Sachverständige beigeben, wohl aber nach der Vernehmung der Sachverständigen die Begutachtung durch andere anordnen (§ 377). Dagegen ist das Gericht nicht an die von den Parteien vereinbarte Zahl gebunden; es kann die von den Parteien vereinbarte Zahl von Sachverständigen als unnötig groß beanstanden und die Parteien auffordern, eine kleinere Zahl zu bestimmen. Einigen sich dann die Parteien nicht, so tritt wieder die freie Auswahl durch das Gericht ein. — Die Einigung muß dem Prozeßgericht vor der Ernennung bzw. vor der Übertragung des Wahlrechts an einen beauftragten oder ersuchten Richter in der mündlichen Verhandlung angezeigt werden (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 370). —

§ 370.

Das Prozeßgericht kann den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter zur Ernennung der Sachverständigen ermächtigen. Derselbe hat in diesem Falle die in dem vorstehenden Paragraphen dem Prozeßgerichte beigelegten Befugnisse auszuüben.

KPr. S 142, 552.

1. Übertragung der Beweisaufnahme durch Sachverständige an einen Richterkommissar oder ein anderes Gericht ist nur unter den Voraussetzungen des § 340 gestattet. Ausnahme bei Zuziehung von Sachverständigen zum Augenschein (§ 337 Abs. 2). In diesem Fall kann wie die Augenscheinseinnahme, so auch die Ernennung und Vernehmung der zuzuziehenden Sachverständigen nach freiem Ermessen übertragen werden.

2. Haben sich die Parteien über die Wahl von Sachverständigen geeinigt (§ 369 Abs. 4), so ist § 370 nicht anwendbar. Vor dem mit der Beweisaufnahme betrauten Richter kann eine Vereinbarung der Parteien mit der Wirkung, daß dieser die von den Parteien gewallten Sachverständigen ernennen m ü ß t e, nicht mehr stattfinden. [So auch Gaupp II S. 208, Wilm. Levy N. 4 zu § 369, Endemann II S. 248. AM. Struckm. Koch N. zu § 370, Obermeyer a. a. O. S. 107.]

3. Im Falle des § 330 gehen die Befugnisse des beauftragten oder ersuchten Richters an das von diesem ersuchte Gericht über.

§ 371.

Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Ein Ablehnungsgrund kann jedoch nicht daraus entnommen werden, daß der Sachverständige als Zeuge vernommen worden ist.

Das Ablehnungsgesuch ist bei demjenigen Gerichte oder Richter, von welchem die Ernennung des Sachverständigen erfolgt ist, vor der Vernehmung desselben, bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens anzubringen. Nach diesem Zeitpunkte ist die Ablehnung nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund vorher nicht geltend gemacht werden konnte. Das Ablehnungsgesuch kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen.

Die Entscheidung erfolgt von dem im zweiten Absatze bezeichneten Gerichte oder Richter; eine vorgängige mündliche Verhandlung der Beteiligten ist nicht erforderlich.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Ablehnung für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluß, durch welchen dieselbe für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 259. KPr. S. 142, 143, 552, 553. **Vgl. StPrO. § 74.**

1. Zu Abs. 1: Die Gründe, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, s. §§ 41, 42. Die Ablehnung aus § 41 Nr. 5 ist beseitigt. Auch in den Fällen des § 41 muß ein Ablehnungsgesuch angebracht werden. Von Ablehnung kann erst die Rede sein, wenn ein Sachverständiger ernannt ist. Natürlich steht den Parteien frei, vor der Ernennung Einwände jeder Art gegen den in Aussicht genommenen Sachverständigen zu erheben. — Die Ablehnung von Sachverständigen, die auf Grund des § 369 Abs. 4 ernannt sind, ist zulässig, wenn der Ablehnungsgrund erst nach der Vereinbarung entstanden oder der Partei bekannt geworden ist — Mangel der Sachkunde ist kein Ablehnungsgrund.

2. Zu Abs. 2: Das Ablehnungsgesuch ist im Falle des § 369 bei dem Prozeßgericht (auch wenn dieses die Vernehmung des ernannten Sachverständigen übertragen hat), im Falle des § 370 vor dem beauftragten oder ersuchten Richter anzubringen. Das Ablehnungsgesuch wird präkludiert mit dem Beginn der Vernehmung oder mit Einreichung des schriftlichen Gutachtens, nicht schon mit der Beeidigung. Später ist ein Ablehnungsgesuch nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird (§ 266), daß der Ablehnungsgrund vor jenem Zeitpunkt der Partei nicht bekannt war. Die Partei kann hierüber — nicht über den Ablehnungsgrund — zur eidlichen Versicherung der Wahrheit zugelassen werden. Ein nach Abgabe des Gutachtens entstandener Ablehnungsgrund ist ohne Einfluß (KPr. S. 142). Das Ablehnungsgesuch unterliegt nicht dem Anwaltszwang (§ 74 Abs. 2).

3. Zu Abs. 3: Das Gericht kann den Sachverständigen über das Ablehnungsgesuch hören; aber der Ablehnungsgrund kann nicht durch den Antrag, den Sachverständigen darüber zu vernehmen, glaubhaft gemacht werden [RG. 18. Nov. 1886 SA. XLII Nr. 165.] Welche Bedeutung der Bejahung des Ablehnungsgrundes durch den Sachverständigen zukommt, hat das Gericht zu würdigen.

4. Zu Abs. 4: Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119.

5. Zu Abs. 5: „Sofortige Beschwerde" s. § 540. Ist die Entscheidung von dem beauftragten oder ersuchten Richter erlassen, so findet § 539 Anwendung.

6. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 3.

§ 372.

Der zum Sachverständigen Ernannte hat der Ernennung Folge zu leisten, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich bestellt ist oder wenn er die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausübt oder wenn er zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist.

Zur Erstattung des Gutachtens ist auch derjenige verpflichtet, welcher sich zu derselben vor Gericht bereit erklärt hat.

Mot. S. 259. KPr. S. 145—148, 553, 686—688. **Vgl. StPrO. § 75.**

1. Die öffentlichrechtliche Pflicht zur Erstattung eines Gutachtens (Sachverständigenzwang) geht nicht soweit, als die Pflicht zum Zeugnisse. Während letztere mit den in §§ 348, 349 gesetzten Ausnahmen jede im Inlande sich aufhaltende Person trifft, ist die Pflicht zur Gutachtenerstattung auf den Kreis der in Abs. 1 bezeichneten Personen beschränkt. Andere als diese Personen können zwar zu Sachverständigen ernannt werden, sind aber nur im Falle des Abs. 2 zur Erstattung des Gutachtens verpflichtet. Über Erscheinungspflicht des nicht zur Erstattung des Gutachtens Verpflichteten s. Bem. Nr. 1 zu § 374.

2. Der Kreis der nach Abs. 1 zur Erstattung von Gutachten Verpflichteten umfaßt: a) die zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich, d. i. vom Staat oder einem staatlichen Verbande, bestellten Personen und Behörden; z. B. Gerichtsärzte, Gerichtstierärzte, die Mitglieder der nach den RGG. v. 11. Juni 1870 §§ 30, 31, 49, v. 9. Jan. 1876 § 16. v. 10. Jan. 1876 § 10, v. 11. Jan. 1876 § 14 gebildeten Sachverständigenvereine, das Patentamt nach RG. v. 25. Mai 1877 § 18 2c. Vgl. a. Pr. EG. z. HGB. § 16. b) Personen, welche die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, *öffentlich*, d. i. nicht im geschlossenen Kreise, *zum Erwerbe*, wenn auch nur nebenbei, ausüben. Gewerbe ist nicht in dem beschränkten Sinne der GO. § 6 zu verstehen, sondern umfaßt jede Erwerbsthätigkeit, also auch Handel, Fabrikbetrieb und Landwirtschaft. c) Personen, welche zur Ausübung der betreffenden Wissenschaft 2c. öffentlich bestellt oder ermächtigt sind, z. B. staatlich approbierte Ärzte ohne praktische Thätigkeit 2c.

3. Zu Abs. 2: Es ist einerlei, ob die betreffenden Personen im allgemeinen zur Abgabe von Gutachten der erforderten Art oder im speziellen Fall zur Abgabe des Gutachtens sich bereit erklärten. — „Gericht" bezeichnet hier ausnahmsweise auch den beauftragten oder ersuchten Richter. — Darin, daß jemand ohne Protest die Instruktion zur Abgabe des Gutachtens entgegennimmt, kann eine Bereiterklärung gefunden werden (nordd. Pr. S. 1115).

§ 373.

Dieselben Gründe, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugnis zu verweigern, berechtigen einen Sachverständigen zur Verweigerung des Gutachtens. Das Gericht kann auch aus anderen Gründen einen Sachverständigen von der Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens entbinden.

Die Vernehmung eines öffentlichen Beamten als Sachverständigen findet

nicht statt, wenn die vorgesetzte Behörde des Beamten erklärt, daß die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachteile bereiten würde.

Mot. S. 260. KPr. S. 148, 553. **Vgl. StPrO. § 76.**

1. Zu Abs. 1: Die Gründe, welche berechtigen, das Zeugnis zu verweigern, s. §§ 348 bis 350. Außerdem ist zur Verweigerung des Gutachtens derjenige befugt, welcher nach § 372 dem Sachverständigenzwang nicht unterliegt. Damit sind die Fälle erschöpft, in denen jemand von der Pflicht, Gutachten zu erstatten, gesetzlich befreit ist. Es steht aber ganz allgemein in dem Ermessen des Gerichts, auch in Fällen, wo solche Befreiung nicht vorliegt, einen Sachverständigen auf Verlangen von der Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens zu entbinden, z. B. wenn der Sachverständige selbst seine Qualifikation zur Erstattung des Gutachtens bestreitet. — Das Verfahren bei Verweigerung des Gutachtens richtet sich nach §§ 351—354. Das Prozeßgericht hat gemäß § 352 Abs. 2 auch dann zu entscheiden, wenn der Sachverständige durch den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter ernannt ist. Doch kann der betraute Richter nach §§ 369 Abs. 1 a. E., 370 an Stelle des von ihm ernannten Sachverständigen einen anderen ernennen und dadurch die Weigerung erledigen. Auf Gesuche um Entbindung nach Abs. 1 Satz 2 ist das Verfahren nach §§ 351 bis 354 nicht anwendbar. Über solche Gesuche kann vom Prozeßgericht, bzw. im Falle des § 370 vom beauftr. oder ers. Richter, ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. Gegen Ablehnung des Gesuchs ist Beschwerde statthaft (arg. § 530).

2. Zu Abs. 2: Die Vernehmung eines öffentlichen Beamten als Sachverständigen ist außer den Fällen des § 341 nicht durch Einholung einer Genehmigung der vorgesetzten Behörde bedingt. Die vorgesetzte Behörde hat jedoch das Recht, durch die in Abs. 2 vorgesehene Erklärung Einsprache gegen die Vernehmung zu erheben. Die Erklärung, daß die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachteile bereiten würde, braucht nicht begründet zu werden. Die Motive bemerken, daß die Einsprache nicht bloß dann erhoben werden könne, wenn dem Beamten wegen der Pflichten des Amtes die zur Erstattung des Gutachtens erforderliche Zeit mangelt, sondern auch dann, wenn andere Rücksichten die Heranziehung eines öffentlichen Beamten zur Erstattung von Gutachten als dienstlich unerwünscht erscheinen lassen. Vgl. bayer. Bek. v. 7. Jan. 1882 (G. u. VBl. S. 39) Ziff. IV.

§ 374.

Im Falle des Nichterscheinens oder der Weigerung eines zur Erstattung des Gutachtens verpflichteten Sachverständigen wird dieser zum Ersatze der Kosten und zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark verurteilt. Im Falle wiederholten Ungehorsams kann noch einmal eine Geldstrafe bis zu sechshundert Mark erkannt werden.

Gegen den Beschluß findet Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

Mot. S. 260. KPr. S. 148, 149, 553. **Vgl. StPrO. § 77.**

1. Zu Abs. 1: Die Strafbestimmungen gegen ungehorsame Sachverständige weichen von den Vorschriften über das Verfahren gegen ungehorsame Zeugen (§§ 345, 355) in folgenden Punkten ab: a) Bei der Unbeitreibbarkeit der Geldstrafe tritt nicht Haftstrafe ein. b) Bei wiederholtem Ungehorsam ist weder zwangsweise Vorführung noch Zwangshaft gestattet. c) Die Strafe des wiederholten Ungehorsams geht bis 600 Mark. Wiederholter Ungehorsam ist auch

Weigerung nach Nichterscheinen und umgekehrt. Mit der zweiten Strafe ist das Verfahren gegen den Sachverständigen zu Ende.

Bestrafung wegen Nichterscheinens setzt ordnungsmäßige Ladung voraus (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 345). Im übrigen findet Bem. Nr. 3 und 4 zu § 345 entsprechende Anwendung. Daß mit der zweiten Bestrafung wegen Nichterscheinens das Verfahren hier zu Ende ist, ist auch von den Schriftstellern anerkannt, die mehr als zweimalige Bestrafung des Zeugen zulassen. Auch ein Sachverständiger, der zur Erstattung eines Gutachtens nicht verpflichtet ist, wird wegen Nichterscheinens gestraft, wenn er nicht vorher die Weigerung mit Grundangabe erklärt hat.

Bestrafung wegen Weigerung setzt voraus, daß entweder kein Grund angegeben oder der angegebene Grund rechtskräftig für unerheblich erklärt ist. Die Bemerkungen zu § 352—355 finden entsprechende Anwendung.

Alle Strafen aus § 374 sind von Amtswegen auszusprechen. Verzicht der Parteien auf den Sachverständigen hindert die Bestrafung nicht.

Wegen der Natur und des Vollzugs der Strafen s. Bem. Nr 6 zu § 345.

Wegen Bestrafung der Sachverständigen durch den beauftragten und ersuchten Richter s. § 365.

2. Zu Abs. 2: Vgl. § 345 Abs. 3, Bem. Nr. 4 zu § 355 und Bem. zu § 365.

3. Zu Abs. 3: Vgl. Bem. Nr. 7 zu § 345 und Bem. Nr. 5 zu § 355. Die in der JK. d. RT. aufgeworfene Frage, ob das Militärgericht an die durch das Gesetz angedrohte Geldstrafe gebunden sei oder etwa wegen des mitunterlaufenen militärischen Delikts der Nichtbefolgung dienstlichen Befehls Haft aussprechen könne, ist im Einklang mit Bem. Nr. 7 zu § 345 dahin zu beantworten, daß, wenn Ungehorsam gegen einen Dienstbefehl vorliegt, deswegen auch Haftstrafe möglich ist. Die ausweichende Äußerung eines Reg.-Kommissars: „das Militärgericht dürfe, im Fall es sich nur um eine Verletzung des § 374 handle, auch nur die in § 374 angedrohte Strafe festsetzen" steht damit nicht im Widerspruch.

§ 375.

Der Sachverständige hat, wenn nicht beide Parteien auf seine Beeidigung verzichten, vor Erstattung des Gutachtens einen Eid dahin zu leisten:

> **daß er das von ihm geforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werde.**

Ist der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der betreffenden Art im allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid.

Mot. S. 260. KPr. S. 149, 150, 553. **Vgl. StPrO. § 79.**

1. Jeder Sachverständige muß beeidigt werden, wenn nicht beide Parteien auf seine Beeidigung verzichten. Die in § 358 Nr. 1 genannten Personen können ihrer Persönlichkeit nach nicht zu Sachverständigen ernannt werden; die Ernennung der in § 358 Nr. 2 genannten Personen ist, sofern nicht beide Parteien auf die Beeidigung verzichten, durch die Eidesunfähigkeit ausgeschlossen. Die in § 358 Nr. 3 und 4 genannten Personen müssen, wenn sie zu Sachverständigen ernannt werden, was nicht leicht geschehen wird, vor Erstattung des Gutachtens beeidigt werden. Die Beeidigung des Sachverständigen zu unterlassen, steht sowenig wie die Unterlassung der Zeugenbeeidigung im Ermessen des Gerichts. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 356 (wo auch Litteratur und Rechtsprechung). Ist ein Sachverständiger, auf

30*

dessen Beeidigung nicht beide Parteien verzichtet haben, unbeeidigt vernommen, so ist § 375 verletzt. Diese Verletzung des Prozeßgesetzes begründet Berufung (§ 501) und Revision (§ 512), kann jedoch nach § 267 geheilt werden; denn § 375 enthält wegen der Möglichkeit des Verzichts auf die Beeidigung dispositives Prozeßrecht [vgl. RG. 5. Febr. 1884 SA. XXXIX Nr. 256, 11. Nov. 1886 Entsch. XVII Nr. 95 S. 380]. — Gutachten des Patentamts sind nicht zu beschwören [RG. 20. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 96 S. 338].

2. Wegen des Verzichts auf die Beeidigung vgl. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 356. Die dort entwickelten Sätze finden hierher entsprechende Anwendung.

3. Der Eid des Sachverständigen muß der Erstattung des Gutachtens vorangehen. Der schriftlichen Begutachtung muß mündliche Information des Sachverständigen vorangehen, dabei ist der Eid abzunehmen; in der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei liegt schon die Erstattung des Gutachtens. [So auch Gaupp II S. 316, Petersen S. 594, Wilm. Levy N. 2, Obermeyer a. a. O. S. 154, 157. AM. Struckm. Koch N. 2.] Die Beeidigung des Sachverständigen muß gleich der Vernehmung regelmäßig vor dem Prozeßgericht erfolgen und kann nur in den Ausnahmefällen des § 340 einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen werden. Die in der JK. d. R. von einem Regierungskommissar geäußerte Ansicht, daß die Beeidigung der Sachverständigen nicht zur Beweisaufnahme gehöre und deshalb auch in anderen als den in § 340 vorgesehenen Fällen durch einen beauftragten oder ersuchten Richt erfolgen könne (KPr. S. 150) ist unrichtig; denn die Beeidigung ist Bestandteil der Beweisaufnahme und § 320 gestattet die Übertragung der Beweisaufnahme nur in den gesetzlich bestimmten Fällen. [So auch Gaupp II S. 316 f. AM. Struckm. Koch N. 2.] Verletzung der für Beeidigung der Sachverständigen geltenden Regeln ist heilbar nach § 267 [vgl. RG. 1. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1134].

4. Eine Abänderung der in § 375 festgesetzten Eidesnorm ist nicht gestattet; auch bei Schätzungen besteht kein Bedürfnis nach einer andern Norm. — Wegen Abnahme des Eides s. §§ 440 ff. § 441 ist bereits durch § 340 Nr. 3 und 4 gedeckt. — Bei wiederholter Vernehmung ist § 363 Abs. 3 anwendbar.

5. Zu Abs. 2: Die Berufung auf den geleisteten Eid muß dem Gutachten vorangehen. Sie ist mündlich vor dem Prozeßgerichte bzw. dem beauftr. oder ers. Richter zu erklären. Die dem Gutachten beigefügte schriftliche Berufung auf den Eid ist inkorrekt; aber die Verletzung kann nach § 267 gehoben werden [RG. 1. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1134]. Das Gericht kann nicht statt der Berufung auf den Eid die Beeidigung anordnen. Vgl. die abweichende Fassung des § 363 Abs. 3 und Bem. Nr. 3 zu § 363.

6. Dolmetschereid s. GVG. § 191.

§ 376.

Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, so hat der Sachverständige das von ihm unterschriebene Gutachten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Das Gericht kann das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit derselbe das schriftliche Gutachten erläutere.

Mot. S. 261. KPr. S. 149, 150, 553.

1. Auf die Vernehmung der Sachverständigen finden die §§ 359—363 Anwendung. Doch kann schriftliche Begutachtung angeordnet werden, während schriftliche Abgabe des Zeugnisses unzulässig ist. Ob die mündliche oder die schriftliche Begutachtung angemessen ist, ist nach den Umständen zu entscheiden. (Die Preuß. JMV. v. 10. Juli 1884, JMBl. S. 161

empfiehlt schriftl. Begutachtung bei Vernehmung von Sachverst., welche in einem anderen Bundesstaate wohnen, wegen der geringen Kosten und wegen GVG. § 165 Abs. 2.) Die Entscheidung steht zunächst dem Prozeßgericht zu. Überträgt das Prozeßgericht die Vernehmung des Sachverständigen einem beauftr. oder ers. Richter, so kann es die eine oder die andere Form anordnen oder auch dem beauftr. oder ers. Richter die Entscheidung darüber überlassen. Nur das Prozeßgericht kann das Erscheinen des Sachverständigen zur Erläuterung des Gutachtens anordnen.

Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, so erfolgt die Erstattung des Gutachtens durch die Niederlegung des unterschriebenen Gutachtens auf der Gerichtsschreiberei des Prozeß- oder des ersuchten Gerichts. Die Niederlegung geschieht ohne Förmlichkeit und ohne Protokollaufnahme. Das Gutachten braucht eine Bezugnahme auf den geleisteten Eid nicht zu enthalten [RG. 24. Dez. 1883 Entsch. IX Nr. 110 S. 376]. Abgabe des schriftlichen Gutachtens zu Protokoll des Gerichtsschreibers ist nicht gestattet. — Ist eine Frist zur Niederlegung bestimmt, so zieht deren Versäumung die Strafe der Weigerung noch nicht nach sich.

2. Der Sachverständige erfährt durch die Ladung (§ 342 Nr. 2) im allgemeinen, worüber er vernommen werden soll. Das Gericht bzw. der beauftr. od. ers. Richter kann ihm zur Vorbereitung schon bei der Ladung die Akten offenlegen oder Auszüge mitteilen. Die eigentliche Fragestellung (Instruktion) aber erfolgt mündlich durch das Prozeßgericht bzw. den beauftr. oder ers. Richter nach der Beeidigung. Dabei können dem Sachverständigen Aktenstücke oder auch Objekte der Begutachtung (z. B. Warenproben) ausgehändigt werden. Den Parteien steht auf die Fragestellung eine dem § 362 entsprechende Einwirkung zu. Nach Umständen ist die Beantwortung der an den Sachverständigen gestellten Fragen nicht sofort möglich, weil Untersuchungen ꝛc. dazu erforderlich sind; dann ist Termin zur Fortsetzung der Beweisaufnahme zu bestimmen (§ 333), wenn nicht schriftliche Begutachtung angeordnet wird. Mündliche Instruktion ist auch vor der schriftlichen Begutachtung erforderlich. Sie kann dem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen werden, denn sie ist Bestandteil der Beweisaufnahme.

3. Bei dem mündlichen wie bei dem schriftlichen Gutachten wird das Gericht die Angabe von Gründen fordern, soweit Begründung möglich ist. Bei Schätzungen kann die Begründung nach Umständen nicht möglich sein (Mot. S. 261).

4. Sowohl bei mündlicher wie bei schriftlicher Vernehmung mehrerer Sachverständiger kann angeordnet werden, daß die Sachverständigen sich beraten und das Gutachten gemeinsam erstatten. Soweit § 359 die Einzelvernehmung gebietet, ist er auf Sachverständige nicht anwendbar. Die Zulässigkeit der gemeinschaftlichen Begutachtung folgt aus der Stellung der Sachverständigen als Gehülfen des Gerichts zur Wahrnehmung und Beurteilung. Scheint die gemeinsame Hülfe dem Gericht angemessen, so ist nicht abzusehen, warum das Gericht sich dieselbe nicht sollte verschaffen dürfen. Die Einzelvernehmung der Zeugen ist geboten, damit nicht eine Zeugenaussage durch die andere beeinflußt werde. Diese Rücksicht trifft nach Umständen bei den Sachverständigen nicht zu; vielmehr kann das gemeinsame Gutachten zur Aufklärung geeigneter sein, als mehrere einzelne. Die Zulässigkeit der gemeinsamen Begutachtung wird durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätigt. Der Hann. Entw. § 364, der Preuß. Entw. § 506 und der Nordd. Entw. § 554 erwähnten die Zulässigkeit derselben. Die Mot. zu Entw. I S. 337, Entw. II S. 330, Entw. III S. 259 enthalten die Bemerkung, daß das Ermessen des Gerichts entscheide, ob das Gutachten mündlich oder schriftlich, ob es von mehreren Sachverständigen gemeinsam, unter Hervorhebung etwaiger Meinungsverschiedenheiten oder getrennt zu erstatten sei. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 319, Petersen S. 596, Endemann II S. 257, A. Förster N. 3, RG. 3. Nov. 1882

Entsch. 8 Nr. 95 S. 344; vgl. a. Löwe StPrO. § 83 N. 2a, John StPrO. S. 598, RG. Entsch. i. StrS. II S. 153. AM. Puchelt II S. 211, Hellmann Komm. II S. 258 f. u. Lehrb. 567, Kleiner II S. 350 (für mündl. Vernehmung), Obermeyer a. a. O. S. 155.]

§ 377.

Das Gericht kann eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet.

Das Gericht kann die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist.

KPr. S. 150, 151, 553. **Vgl. StPrO. § 83.**

1. Das Gutachten der Sachverständigen unterliegt der freien Würdigung des Gerichts (§ 259). Das Gericht ist nie an das Gutachten gebunden. Es kann unter divergierenden Gutachten wählen, ohne ein Obergutachten einzuholen [RG. 28. Mai 1884 SA. XL Nr. 68]; in thesi ist es möglich, daß das Gericht sich über die übereinstimmenden Gutachten aller Sachverständigen hinwegsetzt. In Zusammenhang mit dieser Unbeschränktheit in der Würdigung des Gutachtens steht die dem Prozeßgericht durch § 377 eingeräumte Befugnis, eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anzuordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet. Diese Anordnung ist nicht dadurch bedingt, daß zwischen mehreren Gutachten ein Widerspruch besteht; dieselbe kann vielmehr auch bei übereinstimmenden Gutachten erfolgen.

Die unbeschränkte freie Beweiswürdigung gilt auch, wenn sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige einigten (§ 369 Abs. 4). Die Vereinbarung bewirkt nicht, daß der Richter an das Gutachten der vereinbarten Sachverständigen gebunden ist. Auch kann das Gericht, nachdem die zufolge Parteivereinbarung ernannten Sachverständigen vernommen sind, eine neue Begutachtung durch andere Sachverständige anordnen (s. Bem. Nr. 4 zu § 369).

2. Die Anordnung einer neuen Begutachtung (Abs. 1) oder die Anordnung der Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen (Abs. 2) kann nur vom Prozeßgericht und nur nach neuer mündlicher Verhandlung beschlossen werden.

§ 378.

Der Sachverständige hat nach Maßgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumnis, auf Erstattung der ihm verursachten Kosten und außerdem auf angemessene Vergütung seiner Mühewaltung Anspruch.

Mot. S. 261. KPr. S. 151, 553. **Vgl. StPrO. § 84.**

Maßgebend ist die GO. f. Z. u. S. v. 30. Juni 1878 (RGBl. S. 173 ff.). Die Gebühren werden nur auf Verlangen gewährt. Die Ansprüche der Sachverständigen richten sich gegen die Kasse desjenigen Staates, vor dessen Gericht der Sachverständige geladen ist; also im Falle der Ladung vor ein ersuchtes Gericht gegen die Kasse des Staates, welchem dieses Gericht angehört. Wegen Berechnung der Gebühren bei Verschiedenheit der nach dem Rechte des Gerichtsorts und der nach dem Rechte des Aufenthaltsortes zu beanspruchenden Gebühren und wegen Reisevorschusses bei weiter Entfernung s. GVG. § 166.

§ 379.

Insoweit zum Beweise vergangener Thatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Per-

sonen zu vernehmen sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

Mot. S. 261. KPr. S. 151, 152, 553. **Vgl. StPrO. § 85.**

1. Durch § 379 soll, wie die Motive sagen, außer Zweifel gestellt werden, daß die sog. sachverständigen Zeugen, d. h. die Zeugen, welche vergangene Thatsachen oder Zustände bekunden sollen, deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde voraussetzt, wahre Zeugen sind, daß mithin auf die zum Beweise solcher Thatsachen und Zustände stattfindende Vernehmung jener Personen die Vorschriften über den Zeugenbeweis Anwendung finden. Das Gesetz stimmt in diesem Punkte mit dem bisherigen gem. Prozeßrecht überein [vgl. Wetzell § 44 N. 14, Renaud § 110 N. 7, § 113 N. 2, Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 246]. Sachverständige Zeugen sind z. B. der Arzt, welcher über früher beobachtete Krankheitserscheinungen, der Warenkundige, welcher über die Eigenschaften einer nicht mehr zu besichtigenden Ware, der Architekt, welcher über den Zustand eines eingestürzten Hauses vor dem Zusammensturz aussagen soll.

Daraus, daß für die sog. sachverständigen Zeugen die Regeln des Zeugenbeweises gelten, folgt insbesondere, daß diese Zeugen von den Parteien zu benennen, nicht vom Gerichte zu ernennen sind; daß das Gericht deren Vernehmung nicht aus dem Grunde ablehnen darf, weil es denselben nicht die erforderliche Sachkunde zutraut [vgl. RG. 11. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1027], ferner, daß diese Zeugen den in § 357 normierten Eid zu leisten, daß dieselben nur Anspruch auf Zeugengebühren haben 2c.

2. Eine Person kann in demselben Prozeß Zeuge und Sachverständiger sein. Eine zunächst als Zeuge oder sachverständiger Zeuge vernommene Person kann zum Gutachter ernannt werden; z. B. der Arzt, welcher als Zeuge über von ihm beobachtete Krankheitserscheinungen berichtet hat, wird zum Gutachten darüber aufgefordert, ob diese Krankheitserscheinungen als Folge einer gewissen Verletzung zu erachten sind, oder der Architekt, welcher über den Zustand eines eingestürzten Baues als Zeuge berichtet hat, wird zum Gutachter über die Frage ernannt, ob die Bauführung den allgemein anerkannten Regeln der Baukunst entsprach. Bei dieser Kombination finden die Bestimmungen über den Beweis durch Zeugen und über den Beweis durch Sachverständige Anwendung, je nachdem die eine oder die andere der kombinierten Qualitäten in Frage steht (KPr. S. 152). Die betreffenden Personen haben den Zeugen- und den Sachverständigeneid zu leisten. Hat jemand, der als Zeuge und Sachverständiger vernommen ist, nur den Zeugeneid geleistet, so ist § 375 verletzt. Die Verletzung begründet Revision [RG. 16. Nov. 1881 Entsch. VI Nr. 1 S. 3, 10. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1136; vgl. a. RG. Entsch. in StS. I S. 400, VIII S. 359], ist aber nach § 267 heilbar (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 375). — Personen, welche als Zeugen und Sachverständige vernommen sind, haben Anspruch auf die Gebühren der Sachverständigen.

Neunter Titel.

Beweis durch Urkunden.

1. Urkunde ist ein mit dem Gesichtssinn wahrnehmbares, zum Ausdrucke eines Gedankens dienendes Zeichen, „vox mortua". [Ähnlich die Definitionen bei Bayer § 250, Wetzell § 24 bei N. 2, Renaud § 114, Gaupp II S. 224; vgl. a. Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 224 ff., Wendt eod. LXIII S. 310, v. Kries Ztschr. f. d. g. StRW. VI S. 148 ff., Hellmann Lehrb. S. 519.] Auch die Sache, welche Trägerin solcher Zeichen ist, wird Urkunde genannt. Für den Urkundenbegriff ist es gleichgültig, ob das Zeichen zum Zwecke des Beweises gefertigt ist oder nicht.

Schriftzeichen sind die gebräuchlichsten Zeichen zum Ausdrucke von Gedanken, daher schriftliche, d. h. aus Schriftzeichen auf irgend welchem Material (Papier, Tuch, Leder, Stein, Erz ꝛc.) bestehende Urkunden die wichtigsten Urkunden. Nur über Beweis durch schriftliche Urkunden enthält die CPrO. besondere Normen. Für den Beweis durch nichtschriftliche Urkunden (z. B. Grenzsteine, Aichpfähle, Zeichnungen, Einschnitte in Kerbhölzer ꝛc.) wurden die Vorschriften über Augenschein und die freie Beweiswürdigung mit Recht als genügend erachtet. Auch die Editionspflicht bezüglich nicht schriftlicher Urkunden richtet sich nur nach dem materiellen, nicht nach dem Prozeßrecht.

2. Voraussetzung für jede Beweiskraft einer Urkunde ist die Echtheit (veritas instrumenti) und die Unverfälschtheit (bonitas instrumenti). Über diese Begriffe s. näheres in Bem. Nr. 1 zu § 402. Die Echtheit und Unverfälschtheit vorausgesetzt, beweist die Urkunde zunächst nichts anderes, als daß derjenige, von welchem die Urkunde herrührt, — der Aussteller — die in der Urkunde enthaltene Erklärung (im weitesten Sinne des Wortes) abgegeben, d. h. als seine Erklärung gewollt hat. Das ist die formelle Beweiskraft der Urkunde. Eine andere Frage ist, ob der in der Urkunde enthaltenen Erklärung überhaupt eine rechtliche Bedeutung, und welche rechtliche Bedeutung ihr zukommt. Die rechtliche Bedeutung der in der Urkunde abgegebenen Erklärung ist die materielle Beweiskraft. [Vgl. über diese Unterscheidung Schultze in der Kr. VJSchr. XVIII S. 229 ff.]. Die in einer formell beweiskräftigen Urkunde enthaltene Erklärung kann jeder materiellen Beweiskraft bar sein.

Über die formelle Beweiskraft giebt die CPrO. in §§ 380, 381, 382 Regeln, welche die Freiheit des richterlichen Ermessens bei der Beweiswürdigung beschränken (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 259).

Dagegen hat die CPrO. von prinzipiellen Bestimmungen über die materielle Beweiskraft der Urkunden Umgang genommen. Nur in §§ 380 und 383 stecken Regeln über die materielle Beweiskraft, insofern das Gesetz den Richter bindet, die Thatsachen, welche durch das in der öffentlichen Urkunde enthaltene Zeugnis bezeugt werden, als wahr anzunehmen.

Für die materielle Beweiskraft der Urkunde kommt in Betracht, ob die Erklärung ein Rechtsakt (Dispositionsakt, rechtsgeschäftliche Erklärung, z. B. Vertragsschluß, Vertragsofferte, Acceptation, Testament ꝛc.) oder ein (außergerichtliches) Geständnis oder ein Indizium ist.

a) In Bezug auf Urkunden, welche einen Rechtsakt enthalten, bemerken die Motive:

„Die Urkunde ist Trägerin einer rechtlichen Disposition. Die Echtheit der Urkunde vorausgesetzt, kann das durch dieselbe ausgedrückte Rechtsgeschäft nicht mehr geleugnet werden, vielmehr hat die dispositive Urkunde in betreff des Rechtsgeschäfts, nicht bloß gegen den Aussteller und diejenigen, welche dessen Erklärungen anerkennen müssen (preuß. AGO. I 10 § 158c, Code c. art. 1322), sondern gegen jedermann beweisende Kraft. Das Gesetz hat Anstand genommen, diesem rationellen und von der neueren gemeinrechtlichen Doktrin mit großer Schärfe entwickelten Satze durch eine besondere Vorschrift im Gesetze Ausdruck zu geben. Es ist angenommen worden, daß der Satz auch ohne gesetzliche Feststellung zur Anwendung gelangen wird. Die Formulierung des Grundsatzes im Gesetze würde bedenklich sein, wenn in dem Gesetzbuche nicht gleichzeitig die Frage nach der Anfechtung der rechtlichen Disposition selbst und nach der Wirkung der letzteren auf die Rechte dritter geregelt wird. Schweigt das Gesetz über diesen Gegenstand, so ist zu besorgen, daß die Bedeutung und die Tragweite des fraglichen Satzes den größten Mißverständnissen ausgesetzt sein würden. Auf jene Frage selbst konnte aber das Gesetz nicht eingehen, da sie in den Bereich des bürgerlichen Rechts fällt, sich mithin zur Zeit einer gemeinsamen Regelung entzieht."

Der angeführte Satz ist auch ohne gesetzliche Formulierung als geltendes Recht zu beachten, da er logische Konsequenz allgemeiner Grundsätze ist. Die Frage, was zur Gültigkeit des Rechtsaktes gehört, also auch, welche Formvorschriften für die Rechtswirksamkeit desselben notwendig sind, ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen.

b) In Bezug auf Urkunden, welche Geständnisse enthalten, bemerken die Motive:

„Nach wiederholten und eingehenden Diskussionen gelangte die hannoversche Kommission (§§ 371 Abs. 1, 372) zu dem Beschlusse, daß Urkunden, welche ein Geständnis enthalten und von dem Beweisführer oder einem Rechtsvorgänger desselben ausgestellt worden sind, gegen den Aussteller und diejenigen Personen, welche dessen Handlungen anzuerkennen verbunden sind, vollen Beweis liefern sollten (hann. Prot. VII 2401 ff., XV 5721 ff., XVI 6362 ff., 6615). In der nordd. Kommission erneuerten sich die Beratungen und führten dahin, daß nicht nur die Vorschrift des hann. Entw. durch den § 563 adoptiert, sondern auch dem schriftlich fixierten außergerichtlichen Geständnisse einer Thatsache, indem der § 564 dasselbe rücksichtlich des Widerrufs dem gerichtlichen Geständnisse gleichstellte, ein dispositiver Charakter, eine obligierende Wirkung beigelegt wurde. Die Aufnahme dieser Bestimmungen erschien nicht angemessen. Die CPrO. hat keine Veranlassung, eine allgemeine Theorie über die materielle Beweiskraft außergerichtlicher Geständnisse aufzustellen. Sie mußte sich daher auch besonderer Vorschriften über die schriftlich fixierten außergerichtlichen Geständnisse enthalten, da es an einem ausreichenden inneren Grunde fehlt, Geständnisse verschieden zu behandeln, je nachdem sie durch Urkunden oder durch Zeugen bewiesen werden. Sodann greifen die Bestimmungen des § 564 in die schwierige und kontroverse Lehre von der Anerkennung und dem Anerkennungsvertrage ein (vgl. auch Wach Kr. VJSchr. XIV S. 369). So wünschenswert es auch sein mag, diese Materie einheitlich zu regeln (vgl. Verhandl. des 8. deutschen Juristentages I S. 283 ff., II S. 94 ff., 321 und des 9. deutschen Juristentages II S. 426 ff., III S. 64 ff., 343, 344), so kann es doch jedenfalls nicht die Aufgabe der CPrO. sein, eine solche Regelung vorzunehmen . . . Übrigens konnte das Gesetz die Vorschrift des § 563 des nordd. Entw. um so unbedenklicher fallen lassen, als darauf zu rechnen ist, daß die in jener Vorschrift liegende rationelle Beweisregel in der Theorie und Praxis auch ohne gesetzliche Fixiernug Anerkennung finden werde."

Ist hiernach die Würdigung der materiellen Beweiskraft eines urkundlichen Geständnisses dem richterlichen Ermessen anheimgegeben, so folgt daraus keineswegs, daß solche Geständnisse keine Beweiskraft haben; vielmehr kann und wird regelmäßig das Gericht aus dem Geständnis einen sehr gewichtigen Beweisgrund für die Richtigkeit der zugestandenen Thatsache entnehmen. Die Gegenbeweisführung gegenüber außergerichtlichem Geständnis ist prozessualisch nicht beschränkt. Die Wirkung von Anerkennungsverträgen ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen. [Vgl. Planck I S. 338 ff. und dagegen L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XI S. 202 f.

c) Die materielle Beweiskraft urkundlicher Erklärungen, welche weder Dispositionsakte noch Geständnisse enthalten, sondern nur als Grundlage zu irgend einer für das thema probandum bedeutsamen Schlußfolgerung dienen können (Indizien), ist der freien Beweiswürdigung preisgegeben.

§ 380.

Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet

sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

Mot. S. 261—266. KPr. S. 152—161, 553.

1. Der Begriff der öffentlichen Urkunde ist in § 380 und zwar auch für Urkunden des in §§ 382 und 383 bezeichneten Inhalts bestimmt. Danach ist öffentliche Urkunde die Urkunde, welche a) von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person, b) innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnisse der Behörde oder innerhalb des Geschäftskreises, welcher der mit öffentlichem Glauben versehenen Person zugewiesen ist, c) in der vorgeschriebenen Form errichtet ist.

Ad a) Was eine öffentliche Behörde ist, ist nach dem Reichs- und Landesrecht zu beurteilen. Ein Verzeichnis der öffentlichen Behörden des Reichs ist in dem Handbuche des Deutschen Reichs enthalten. Bezüglich der öffentlichen Behörden der Bundesstaaten muß auf die Landesrechte verwiesen werden. Der Begriff „öffentliche Behörde" ist nicht auf Staatsbehörden (im engeren Sinn) beschränkt, es können vielmehr auch die Organe der Gemeinde- und Kirchenverwaltung öffentliche Behörden im Sinne des Gesetzes sein. Eine „Behörde" kann auch aus einer einzelnen Person bestehen. Die Führung eines Dienst- oder Amtssiegels ist weder wesentlich noch ein absolutes Kennzeichen für die Eigenschaft als öffentliche Behörde. Nicht wesentlich für die Behördenqualität ist die Leistung eines Diensteides.

Welche Personen, ohne „Behörden" zu sein, als mit öffentlichem Glauben versehene Personen (Urkundspersonen) zu erachten sind, bemißt sich ebenfalls nach den Reichs- oder Landesgesetzen. Nach dem gegenwärtigen Stand der Reichsgesetzgebung kommt die Eigenschaft einer Urkundsperson nach Reichsrecht den Reichskonsuln (RG. v. 7. Nov. 1867 §§ 16, 17), die übrigens auch Behördenqualität haben, den Briefträgern, Postboten (RPostgesetz v. 28. Okt. 1871 § 47) und den Gerichtsvollziehern zu bezüglich der nach den Reichsgesetzen ihnen zugewiesenen Beurkundungen. Nach Landesrecht sind Urkundspersonen mit publica fides insbesondere die Notare [s. Wetzell § 24 N. 60]. Für Preußen: Ges., enthaltend Bestimmungen über das Notariat, v. 8. März 1880 (GS. S. 177 ff.), welches zu der Preuß. Not.-Ordn. v. 11. Juli 1845, der Rhein. Not.-Ordn. v. 25. April 1822 und der Hannov. Not.-Ordn. v. 18. Sept. 1853 ergänzend und abändernd hinzutritt. Für Bayern: Not.-Ges. v. 10. Nov. 1861. Für Württemberg: Not.-Ordn. v. 1808, Not.-Ges. v. 14. Juni 1843. — Die Handelsmäkler und Sensale des HGB. Art. 66 sind keine mit öffentlichem Glauben versehene Personen im Sinne der CPrO. — Landesgesetzliche Vorschriften, welche gewisse, nicht von öffentlichen Behörden oder Urkundspersonen aufgenommene Urkunden, z. B. Urkunden aus öffentlichen Archiven, Urkunden siegelmäßiger Personen, den öffentlichen Urkunden gleichstellen, sind für den Civilprozeß beseitigt.

Ad b) Die Zuständigkeit der Behörde oder Urkundsperson muß in sachlicher wie in örtlicher Beziehung gegeben sein. Über die Zuständigkeit entscheiden die betreffenden Reichs- und Landesgesetze.

Ad c) Die Vorschriften über die Form der Errichtung sind aus dem Reichs- oder Landesrecht zu entnehmen. Reichsgesetzliche Vorschriften sind z. B. enthalten in WO. Art. 88 Nr. 6; BG. v. 8. Nov. 1867 betr. die Organisation der Bundeskonsulate 2c. § 17; BG. v. 4. Mai 1870 betr. die Eheschließung im Ausland; RG. v. 5. Febr. 1875 betr. die Beurkundung des Personenstandes 2c. § 52; RMilG. v. 2. Mai 1874 § 44 Nr. 2c; CPrO. § 145 (für Protokolle), §§ 174—179 (für Zustellungsurkunden), § 663 für vollstreckbare Ausfertigungen), § 682 (für Protokolle des Gerichtsvollziehers über Vollstreckungshandlungen). Von den Landesgesetzen kommen insbesondere die Notariatsordnungen (s. o. ad a) in Betracht.

Wohl zu unterscheiden von der notwendigen Form ist der Inhalt der öffentlichen Urkunde. Eine Urkunde, die den Formvorschriften genügt, ist eine öffentliche, auch wenn sie den Vorschriften über den Inhalt nicht genügt. Daher ist z. B. die von einem Notar vorschriftsmäßiger Form aufgenommene, sich als Testament bezeichnende Urkunde eine öffentliche Urkunde, auch wenn der Inhalt den materiellrechtlichen Vorschriften über die Erfordernisse des Testaments nicht genügt; oder die über eine Zustellung aufgenommene Gerichtsvollzieherurkunde ist, wenn formell ordnungsmäßig, eine öffentliche Urkunde, auch wenn ihr Inhalt den Erfordernissen des § 174 nicht genügt.

Der Begriff der öffentlichen Urkunde ist nicht auf inländische öffentliche Urkunden beschränkt. Auch die Urkunde, welche von einer ausländischen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet ist, ist eine öffentliche im Sinne der CPrO. Nur bezüglich der Echtheitsvermutung unterscheiden sich in- und ausländische öffentliche Urkunden (s. §§ 402, 403). Steht die Echtheit der ausländischen öffentlichen Urkunde fest, so kommt ihr die gleiche Beweiskraft wie der inländischen zu.

2. Die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden ist in den §§ 380, 382, 383 geregelt. § 380 stellt Beweisregeln für diejenigen öffentlichen Urkunden auf, welche ein öffentliches Zeugnis über eine von der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung enthalten. Das öffentliche Zeugnis liefert vollen Beweis, daß diese Erklärung von der bezeichneten Person, an dem in der Urkunde bezeichneten Ort, zu der bezeichneten Zeit abgegeben ist (vgl. KPr. S. 154, 155). Insofern enthält § 380 eine materielle Beweisregel, nämlich über die Wahrheit des in der Urkunde enthaltenen öffentlichen Zeugnisses. Es ist daher [wie schon Schultze in der Kr. VJSchr. XVIII S. 237 N. hervorhob] ungenau, wenn die Motive S. 262 in § 380 nur eine formelle Beweisregel finden. Dagegen enthält § 380 keine Vorschrift darüber, was die bezeugte Erklärung ihrerseits beweist und insofern, nämlich rücksichtlich der bezeugten Erklärung, beschränkt sich § 380 auf die formelle Beweiskraft. Es ist möglich, daß die Erklärung, deren Existenz durch das öffentliche Zeugnis dargethan wird, jedes Beweiswertes bar ist. Die Erklärung selbst kann als Rechtsakt, als Geständnis oder als Indizium in Betracht kommen (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 4 ff. vor § 380).

Es ist möglich, daß die öffentliche Urkunde neben der Abgabe der Erklärung von der bezeichneten Person, am bezeichneten Ort und zur bezeichneten Zeit noch andere Thatsachen bezeugt, daß z. B. in Gegenwart der Behörde oder Urkundsperson eine Zahlung geleistet oder daß eine Rechtsbelehrung der Parteien bethätigt wurde oder daß gewisse Förmlichkeiten beobachtet wurden. Die Bezeugung solcher anderen Thatsachen fällt nicht unter § 380, sondern unter § 383, was des Gegenbeweises wegen von Bedeutung sein kann.

3. Gegenbeweis gegen die öffentlichen Urkunden des § 380. Der Abs. 2 des § 380 läßt den Beweis zu, daß der Vorgang unrichtig beurkundet ist. Der Entwurf lautete — „vollen Beweis der beurkundeten Vorgänge. Der Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts ist zulässig". In der JK. d. R. wurde diese Fassung beanstandet, weil dieselbe nicht klar erkennen lasse, was unter den „beurkundeten Vorgängen" gemeint sei, vielmehr dahin verstanden werden könnte, als ob über die Beweiskraft der Erklärung selbst und den Gegenbeweis gegen die Erklärung bestimmt werden sollte. Die Kommission einigte sich nach längerer Debatte über das Prinzip: „es solle gegen die durch die öffentliche Urkunde bezeugten Thatsachen, daß die betreffende Erklärung abgegeben, daß sie von der bestimmten Person, am bestimmten Ort, zur bestimmten Zeit abgegeben sei, Gegenbeweis zugelassen werden", und beauftragte die Redaktionskommission mit Formulierung dieses Gedankens. Die Red.-Komm. schlug dann die gegenwärtige Fassung vor, welche dem vorstehenden Beschlusse entspricht. Hiernach ist der Beweis zulässig, daß die beurkundete Erklärung überhaupt nicht,

daß die Erklärung nicht so, wie beurkundet, daß sie von einer anderen als der in der Urkunde bezeichneten Person, daß sie an anderem Ort, daß sie nicht zu der in der Urkunde bezeichneten Zeit abgegeben sei. Die unrichtige Beurkundung muß entweder auf die Absicht falscher Beurkundung oder auf einen Irrtum (wozu auch Schreibversehen gehören) bei der instrumentierenden Behörde oder Urkundsperson zurückführen; anders ist die Divergenz zwischen Zeugnis und Thatsache nicht denkbar. Nun steht zwar im Gesetze nicht, daß der Gegenbeweis sich auf die Behauptung einer absichtlich falschen Beurkundung (Fälschung) oder eines Irrtums stützen müsse, aber da die Behauptung der „unrichtigen" Beurkundung die Alternative Fälschung oder Irrtum logisch enthält, so muß in dem Nachweise einer unrichtigen Beurkundung der Nachweis von Fälschung oder Irrtum gelegen sein. Fälschung oder Irrtum ist daher nicht als ein neben der Unrichtigkeit der Beurkundung besonders zu erweisendes, sondern als ein dem Beweise der Unrichtigkeit immanentes Moment zu betrachten. Auch ist es möglich, daß der Beweis der Unrichtigkeit erbracht wird, ohne daß aufgeklärt ist, ob Fälschung oder Irrtum untergelaufen ist. [Vgl. Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 230 und jetzt auch Struckm. Koch N. 7, welche im wesentlichen zustimmen.] — Der Beweis der unrichtigen Beurkundung kann durch alle Arten von Beweismittel geführt werden. Direkter Gegenbeweis gegen das öffentliche Zeugnis durch Eideszuschiebung ist jedoch durch § 411 ausgeschlossen [vgl. RG. 30. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 98 S. 375]. — Aufgehoben sind alle den Gegenbeweis gegen Urkunden beschränkenden Landesgesetze, insbesondere Code civ. art. 134. Daß die Zulässigkeit des Gegenbeweises durch Landesgesetz nicht ausgeschlossen werden kann, ist der Punkt, in welchem sich die ö. Urkunden des § 380 von denen des § 383 unterscheiden.

Beschränkungen des Gegenbeweises enthalten die §§ 150 und 285. Protokoll und Thatbestand fallen unter § 380 Abs. 1, während § 380 Abs. 2 für dieselben durch §§ 150 und 285 ersetzt ist.

Zu unterscheiden von dem Beweis der Unrichtigkeit des öffentlichen Zeugnisses ist der Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Inhalts der Erklärung. Natürlich ist der Gegenbeweis gegen den Inhalt von Erklärungen, welche Geständnisse oder Indizien sind, prozessualisch unbeschränkt. Unter welchen Voraussetzungen eine rechtsgeschäftliche Erklärung wegen Irrtums des Erklärenden, wegen Betrugs, wegen Zwangs, wegen Simulation 2c. angefochten werden kann, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen.

§ 381.

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

Mot. S. 261—266. KPr. S. 152—161, 553.

1. Litteratur: Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 434 f., Erythropel die Beweiskraft der Privaturkunde Mag. f. d. DR. d. G. I S. 106 ff.

2. Jede Urkunde, bei welcher nicht alle zum Wesen der öffentlichen Urkunde gehörigen Voraussetzungen vorhanden sind, ist eine Privaturkunde. Es sind also auch Urkunden, welche öffentliche zu sein prätendieren, aber wegen irgend eines Mangels es nicht sind, als Privaturkunden zu behandeln.

3. Der § 381 betrifft nicht alle, sondern nur die von dem Aussteller unterschriebenen oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichneten Privaturkunden.

a) Unterschrift ist der unter den Text gesetzte, durch Schriftzeichen auf nicht mechanischem Wege hergestellte Name. Zeichnung des Familiennamens ohne Vornamen genügt

[Wetzell § 24 S. 237, SA. I 373, III 394]; bloßer Vorname dürfte nicht als Unterschrift zu betrachten sein [SA. IV 172], wenn nicht die betreffende Person — z. B. als Landesherr, Bischof u. dgl. — regelmäßig nur mit dem Vornamen zu zeichnen pflegt. Abkürzungen des Namens beeinträchtigen den Begriff der Unterschrift nicht; die Unterschrift kann in allen möglichen Schriftzeichen geschrieben sein. Unterschrift in stenographischen Zeichen genügt. Durch Druck, Litographie, Siegelabdruck, Stempel 2c. hergestellte Namen sind nicht „Unterschriften". Die nicht durch „Schreiben" hergestellte Unterzeichnung der Urkunde steht der durch Schreiben hergestellten nicht gleich, weil dieselbe die Person des Vollziehenden nicht erkennen läßt. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 332, Petersen S. 604, A. Förster N. 1 a.] Etwas ganz anderes ist, daß die durch Druck 2c. hergestellte Namensfertigung dem Gebote schriftlicher Errichtung des Rechtsgeschäfts genügt. [Darüber Dernburg Pr. PrR. I § 97 N. 7, Eccius (Förster) I § 40 N. 19.]. — Nur der am Ende der Urkunde stehende Name ist Unterschrift. Daß der Aussteller die Urkunde und im Texte seinen Namen geschrieben hat, ersetzt nicht die Unterschrift.

b) Das Handzeichen — gewöhnlich aus Kreuzen bestehend, übrigens auch in anderer Form denkbar — muß gerichtlich oder notariell beglaubigt, d. h. es muß amtlich durch eine Gerichtsperson oder durch einen Notar bezeugt sein, daß das Handzeichen von der und der Person herrührt. Die Beglaubigung durch andere öffentliche Behörden genügt ebensowenig, als das Zeugnis von Privatpersonen. Die Form der Beglaubigung und die Voraussetzung derselben sind nach den Reichs- und Landesgesetzen zu beurteilen. Ist die Aufnahme eines Protokolls oder die Zuziehung von Zeugen vorgeschrieben, so sind diese Erfordernisse nicht, wie in § 76 Abs. 2 ff. für Vollmachtsbeglaubigungen, beseitigt.

4. Nur für die Privaturkunden, welche den bezeichneten Anforderungen entsprechen, giebt § 381 die formelle Beweisregel: die Urkunde liefert vollen Beweis dafür, daß die in derselben enthaltene Erklärung von dem Aussteller abgegeben ist, d. h. daß der Aussteller das, was in der Urkunde gesagt ist, habe erklären wollen [vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 434 f.]. — Landesgesetze, welche die formelle Beweiskraft einer Privaturkunde noch von anderen Voraussetzungen als dem Vorhandensein der Unterschrift oder des beglaubigten Handzeichens abhängig machen (so insbesondere die Bestimmungen des Code civ. art. 1325—1327), sind beseitigt. Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte sind dagegen nicht berührt.

Die Beweisregel erstreckt sich nicht auf die in der Privaturkunde enthaltenen Angaben über Ort und Zeit der Ausstellung. Der Beweiswert dieser Angaben unterliegt der freien Beweiswürdigung. In der Regel wird der Richter denselben Beweiskraft gegenüber dem Aussteller, seinen Universalsuccessoren und etwa noch gegenüber den Singularsuccessoren, welche ein von dem Auctor abgeleitetes Recht geltend machen, beimessen; anderen Personen gegenüber haben diese Angaben nicht ohne weiteres Anspruch auf Glaubwürdigkeit, da erfahrungsgemäß Falsch- insbesondere Vordatierungen von Urkunden zu dem Zwecke, um Rechte dritter zu beeinträchtigen, häufig vorkommen. Die Richtigkeit des Datums kann durch alle Beweismittel erwiesen und widerlegt werden [Planck Kr.VJSchr. IV S. 268; hann. Prot. VII S. 22, 41—46, nordd. Prot. II S. 934].

Die Würdigung der formellen Beweiskraft aller Privaturkunden, welche nicht den Erfordernissen des § 381 entsprechen, steht im richterlichen Ermessen. Die CPrO. spricht keineswegs den nicht mit Unterschrift oder beglaubigtem Handzeichen versehenen Urkunden die beweisende Kraft ab. Nur gilt für sie keine gesetzliche Beweisregel. Aber der Richter kann aus der nicht mit einer Unterschrift im obigen Sinn versehenen Urkunde oder aus der

mit einem nicht oder nicht vorschriftsmäßig beglaubigten Handzeichen versehenen Urkunde vollen Beweis, dafür entnehmen, daß die Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

5. Keine Vorschriften enthält die CPrO. über die materielle Beweiskraft der in der Privaturkunde abgegebenen Erklärung. Diese Erklärung kann je nach ihrem Inhalte rechtsgeschäftliche Erklärung (Rechtsakt), Geständnis, Indizium sein. Es gelten die in Bem. Nr. 2 litt. a—c vor § 380 entwickelten Sätze. — Aus dem materiellen Recht ist zu beurteilen, ob die Erklärung, welche rechtsgeschäftliche Erklärung sein soll, den für das betreffende Rechtsgeschäft geltenden Rechtsnormen entspricht, insbesondere auch, ob zur Perfektion des betr. Rechtsaktes die Aushändigung der Urkunde gehört (KPr. S. 185 f.). Die Fassung des Gesetzes „daß — abgegeben sind" darf hieran nicht irre machen. — Ebensowenig berührt die CPrO. die Frage, ob dem schriftlichen Geständnisse einer Schuld ohne Angabe des Schuldgrundes, der sog. cautio indiscreta, eine rechtliche Wirkung zukomme; auch diese Frage ist lediglich aus dem materiellen Recht zu beurteilen (Mot. S. 263). — Auch damit, unter welchen Voraussetzungen jemand berechtigt ist, für eine andere Person stellvertretungsweise Erklärungen abzugeben und insbesondere Urkunden auszustellen, hat die CPrO. nichts zu thun. Die echte Urkunde, welche A für B mit dessen Namen oder Firma unterzeichnet hat, beweist nicht mehr, als daß der A die betreffende Erklärung abgegeben hat. Ob dieselbe für den B Rechtswirkungen nach sich zieht, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen.

6. Gegenbeweis gegen die durch die formelle Beweisregel des § 381 erwiesene Thatsache, daß die in der Urkunde enthaltene Erklärungen von dem Aussteller abgegeben sind, ist — die Echtheit und Unverfälschtheit der Urkunde vorausgesetzt — nicht denkbar [vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 334]; denn die Thatsache, daß die Erklärung existiert, ist unbestreitbar. Die Behauptung, daß die Urkunde durch Mißbrauch eines Blanketts entstanden sei, richtet sich nicht gegen die formelle Beweisregel des § 381, sondern gegen deren Voraussetzung, d. i. Echtheit der Urkunde, und gegen die in § 405 aufgestellte Vermutung. [Vgl. Wilm. Levy N. 1; anscheinend aM. Gaupp II S. 334 f.] Natürlich kann die Behauptung eines Blankettmißbrauchs durch alle Beweismittel erwiesen werden.

Von dem Gegenbeweis gegen die durch die formelle Beweisregel des § 381 erwiesene Thatsache der Abgabe der Erklärung ist zu unterscheiden der Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Inhalts der Erklärung. Der Gegenbeweis gegen den Inhalt von Erklärungen, welche Geständnisse oder Indizien sind, ist nach der CPrO. unbeschränkt. Unter welchen Voraussetzungen eine rechtsgeschäftliche Erklärung wegen Irrtums des Erklärenden, wegen Betrugs, wegen Zwangs, wegen Simulation ꝛc. angefochten werden kann, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen.

7. Aufgehoben sind alle landesgesetzlichen Bestimmungen, welche anderen als den in § 381 bezeichneten Privaturkunden eine formelle Beweiskraft beilegten. Aufgehoben sind durch EG. § 13 Nr. 2 die Beweisregeln des HGB. Art. 34—36, 77, 78, 488, 494, 889 über bindende Beweiskraft der Handlungsbücher, des Tagebuchs und der Noten der Handelsmäkler, des Schiffsjournals, der Verklarungsverhandlungen und der Nachweise bei Seeversicherungen. Aufgehoben sind durch EG. § 17 die Vorschriften, welche die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung an den Ablauf einer Zeitfrist gebunden haben.

§ 382.

Die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts.

Mot. S. 261—266. KPr. S. 152—161, 553.

1. Über den Begriff „öffentliche Urkunde" s. Bem. Nr. 1 zu § 380. In § 382 ist übrigens bloß von öffentlichen Urkunden der Behörden die Rede. Unter der Voraussetzung der Echtheit und Unverfälschtheit beweisen die in § 382 aufgeführten öffentlichen Urkunden, daß die in der Urkunde enthaltene amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung von der betreffenden Behörde ergangen ist (§ 382), daß sie an dem in der Urkunde angegebenen Ort und zu der angegebenen Zeit ergangen ist (§ 383). — In der JK. d. R. wurde die Vorschrift des § 382 als eine „selbstverständliche und daher entbehrliche" bekämpft, schließlich aber doch beibehalten. — Die materielle Richtigkeit des Inhalts der Anordnung 2c ist durch § 382 nicht berührt.

2. Gegenbeweis gegen die formelle Beweisregel des § 382 findet nicht statt. Ein solcher ist weder als direkter noch als indirekter denkbar; denn wenn die Urkunde als echte existiert, so existiert auch die Verfügung. [So auch Wilm. Levy N. 1 zu § 382, Gaupp II S. 336, Endemann II S. 275, A. Förster N. 2, Hellmann Lehrb. S. 536. Struckm. Koch N. 3 erklären „indirekten Gegenbeweis", z. B. den des Scherzes, für zulässig: das ist aber nicht Gegenbeweis gegen den Inhalt, sondern gegen die materielle Bedeutung der Urkunde]. Gegenbeweis gegen die Angabe von Ort und Zeit des Erlasses der Anordnung 2c. ist möglich, da die Orts- und Zeitangaben nicht Dispositionen (§ 382), sondern Zeugnisse (§ 383) sind. [Vgl. Hellmann Lehrb. S. 536 f. AM. Gaupp II S. 336.] [Planck II S. 228]

§ 383.

Öffentliche Urkunden, welche einen anderen als den in den §§ 380, 382 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen.

Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken.

Beruht das Zeugnis nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson, so findet die Vorschrift des ersten Absatzes nur dann Anwendung, wenn sich aus den Landesgesetzen ergiebt, daß die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist.

Mot. S. 261—266. KPr. S. 152—161, 553.

1. Über den Begriff „öffentliche Urkunde" s. Bem. Nr. 1 zu § 380. § 383 betrifft sowohl öffentliche Urkunden, die von Behörden, wie solche, die von Urkundspersonen mit publica fides ausgestellt sind. Alle öffentlichen Urkunden, welche nicht unter §§ 380 oder 382 fallen, stehen unter der Regel des § 383. Eine Urkunde kann ihrem Inhalte nach zu einem Teile unter § 380 oder § 382, zum anderen Teile unter § 383 fallen (s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 380 und Bem. Nr. 2 zu § 382). — Beispiele von ö. Urkunden, welche nicht unter § 380 und nicht unter § 382 fallen, sind Zustellungsurkunden (§ 174), Protokolle der Gerichtsvollzieher über Vollstreckungshandlungen (§ 682), Wechselproteste (WO. Art. 87), Postbotenberichte (RPostGes. v. v. 28. Okt. 1871 § 47), Zeugnisse der mit der Führung des Handelsregisters, der Grund- oder Hypothekenbücher betrauten Behörden, Zeugnisse der Vormundschafts- und Verlassenschaftsbehörden 2c. 2c.

Für die öffentlichen Urkunden des § 383 gilt dieselbe den Richter bindende Beweisregel wie für die des § 380. Der Richter muß die von der Behörde oder Urkundsperson auf Grund eigener Wahrnehmung bezeugte Thatsache als durch das öffentliche Zeugnis vollständig erwiesen annehmen. Welches dann der Beweiswert dieser Thatsache ist, ist eine Frage für sich.

2. Im Punkte der Zulässigkeit des Gegenbeweises unterscheiden sich die Urkunden des § 383 von den in § 380 angeführten. Gegen die Beweisregel des § 380 ist der Gegenbeweis ohne Rücksicht auf Landesgesetze zugelassen, während der Beweis der Unrichtigkeit anderer öffentlicher Zeugnisse nach der CPrO. zwar nicht ausgeschlossen, jedoch die Möglichkeit der Ausschließung und der Beschränkung durch Landesgesetze eröffnet ist. Ist im Landesrechte eine solche Ausschließung oder Beschränkung nicht enthalten, so ist der Gegenbeweis gegen öffentliche Zeugnisse der in § 383 bezeichneten Art ebenso unbeschränkt, wie der Gegenbeweis gegen die Urkunden des in § 380 bezeichneten Inhalts. Gedacht ist bei dem Vorbehalte z. B. des Landesrechts zunächst an die Zeugnisse der Grundbuch und Hypothekenbehörden (Mot. S. 266). — Den Gegenbeweis gegen solche Urkunden, deren Errichtung reichsgesetzlich geregelt ist, z. B. gegen Zustellungsurkunden der Gerichtsvollzieher, kann die Landesgesetzgebung weder ausschließen noch beschränken. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, A. Förster N. 3. AM. Hellmann Komm. I S. 286 u. Lehrb. S. 536.]

3. Die Beweiskraft des öffentlichen Zeugnisses beschränkt sich der Natur eines Zeugnisses nach auf solche Thatsachen, welche von der Behörde oder Urkundsperson selbst wahrgenommen sind. Der Abs. 3 des § 383 hält jedoch die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht, durch welche ausnahmsweise die Beweiskraft des amtlichen Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig gemacht und dieser die amtlichen Ermittelungen gleichgestellt werden. Der Vorbehalt ist zunächst wegen landesgesetzlicher Bestimmungen über Zeugnisse der Geistlichen und Civilstandsbeamten betreffs des Personenstandes eingefügt, wie solche z. B. in dem preuß. Ges. vom 9. März 1874 über die Beurkundung des Personenstandes ꝛc. § 11, dem bad. Ges. v. 21. Dez. 1861 §§ 21 Abs. 2, 36, 37, 40 Abs. 3, 47 enthalten sind. Derartige Landesgesetze sind auch durch das RG. v. 6. Juli 1875, betr. die Beurkundung des Personenstandes ꝛc., nicht gegenstandslos geworden; denn dieselben sind maßgebend für die vor dem RG. liegenden Beurkundungen des Personenstandes (KPr. S. 156). Auch für öffentliche Zeugnisse anderer Art könnte die Landesgesetzgebung die Unabhängigkeit der Beweiskraft von der eigenen Wahrnehmung statuieren. Daß reichsgesetzliche Vorschriften, nach welchen die Beweiskraft eines öffentlichen Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist, in Geltung bleiben, folgt aus EG. § 13; daher sind die in dem BG. v. 4. Mai 1870 betr. die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes im Auslande und in dem RG. v. 6. Febr. 1875 betr. die Beurkundung des Personenstandes ꝛc. § 15 enthaltenen Bestimmungen dieser Art durch die CPrO. nicht berührt.

§ 384.

Inwiefern Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel die Beweiskraft einer Urkunde ganz oder teilweise aufheben oder mindern, entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung.

Mot. S. 266, 267. KPr. S. 153, 156, 160, 553.

1. Der § 384, welcher für öffentliche wie für Privaturkunden gilt (KPr. S. 160), nimmt diejenigen Urkunden, in welchen sich Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel, z. B. Risse oder Lücken im Papier, welche die Schrift unterbrechen, Flecken, welche die Lesbarkeit der Schrift beeinträchtigen, u. dgl., befinden, von den gesetzlichen Beweisregeln der §§ 380—383 aus und stellt die Würdigung ihrer Beweiskraft dem freien richterlichen Ermessen (§ 259) anheim. Diese Freiheit der Beweiswürdigung gilt nicht bloß für den Passus, welcher mit dem äußeren Mangel behaftet ist, sondern für die ganze Urkunde. [So auch Gaupp II S. 339, Wilm. Levy N. 1. AM. Struckm. Koch N. 1, welche die freie Beweiswürdigung nur für die Frage, welcher Einfluß den Mängeln

zukommt, gelten lassen wollen.] Die unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften (z. B. preuß. Not.-Ordn. v. 11. Juli 1845 § 12, bayer. Not.-Ges. v. 10. Nov. 1861 Art. 71, 72) bei öffentlichen Urkunden vermerkten Abstriche, Zusätze und Abänderungen sind keine äußeren Mängel im Sinne des § 384 und heben daher die gesetzlichen Beweisregeln nicht auf. — Natürlich kann stets der Beweis geführt werden, daß Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen ꝛc. dem Willen des Urkundenausstellers entsprechen. Dieser Beweis kann insbesondere auch durch Zusatzurkunden oder durch unterschriebene Randbemerkungen ꝛc. geliefert werden. Derartige Beweisführung kann alle Bedenken gegen die Beweiskraft der Urkunde beseitigen, bewirkt aber nicht, daß die Urkunde selbst unter die gesetzlichen Beweisregeln der §§ 380—383 fällt.

2. Der § 384 würde gänzlich mißverstanden, wenn man ihn dahin auslegen wollte, als ob dadurch die mit einem äußeren Mangel behaftete Urkunde als untüchtig zum Beweise erklärt würde. Nur der gesetzliche Zwang der §§ 380—383 wird beseitigt; im übrigen bleibt dem Richter unbenommen, aus der Urkunde vollen Beweis zu entnehmen.

3. Über das Verhältnis des § 384 zu den Vermutungen der §§ 402 und 405 Abs. 2 s. die Bemerkungen zu den §§ 402 und 405.

§ 385.

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Vorlegung der Urkunde.

Mot. S. 267. KPr. S. 156, 553.

1. Die Motive bemerken: „Die Antretung des Urkundenbeweises gestaltet sich verschieden, je nachdem sich die Urkunde in den Händen a) des Beweisführers § 385, b) des Gegners § 386, c) eines dritten § 393, d) einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten § 397 befindet. Insoweit sich die Urkunde in den Händen der beweisführenden Partei befindet oder — § 397 Abs. 2 — von ihr ohne Mitwirkung des Gerichts beschafft werden kann, erfolgt in Konsequenz des von dem Gesetz angenommenen Grundsatzes der Beweisverbindung die Beweisantretung durch die Vorlegung der Urkunde in der mündlichen Verhandlung."

Die Vorlegung der Urkunde besteht in der Vorzeigung bei Gericht bzw. bei dem beauftragten oder ersuchten Richter, so daß das Gericht und der Gegner Einsicht nehmen können. Übergabe der Urkunde zu den Akten kann erfolgen, ist aber nicht notwendig; Ausnahmen: § 76 und § 408. Wird die Urkunde in der mündlichen Verhandlung in Anwesenheit des Gegners dem Richter überreicht, so ist damit dem Gegner Gelegenheit und Veranlassung zur Erklärung über die Urkunde gegeben [RG. v. 7. April 1881 in Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 124]. Sind die Voraussetzungen des § 399 gegeben, so wird die Beweisantretung durch den Antrag, nach § 399 zu verfahren, vorbereitet; Beweisantretung ist der Antrag nicht.

2. Von der Antretung des Beweises zu unterscheiden ist die Vorbereitung des Urkundenbeweises, von welcher die instruktionellen Vorschriften der §§ 122, 124—126 handeln.

3. Wegen der Befugnis des Gerichts, die Vorlage gewisser Urkunden von Amtswegen anzuordnen, vgl. die §§ 133, 134. — Darüber, wie weit vorgelegte Handelsbücher eingesehen werden dürfen, vgl. HGB. Art. 38, 40 und RG. Entsch. I S. 423.

§ 386.

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben.

Mot. S. 267. KPr. S. 156, 553.

1. Der Editionsantrag kann von der Prozeßpartei, bei Streitgenossenschaft von jedem

Streitgenossen, sowie auch vom Nebenintervenienten gestellt werden. Ein Streitgenosse kann den Editionsantrag nur stellen, wenn er selbst einen Editionsanspruch gegen den Gegner zu haben behauptet; also nicht, wenn nur seinem Streitgenossen ein Editionsanspruch zusteht. Dagegen kann der Nebenintervenient seinen Editionsantrag sowohl aus einem ihm selbst gegen den Editionsgegner zustehenden Editionsanspruch, wie auch, weil er zugleich Vertreter der unterstützten Hauptpartei ist, aus einem Editionsanspruche der Hauptpartei begründen. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wach I S. 643.] Der Editionsantrag eines Nebenintervenienten in der Normalstellung des § 64 wird unwirksam, wenn die unterstützte Hauptpartei demselben widerspricht (vgl. Bem. N. 2 litt. d zu § 64). Der Editionsantrag eines Nebenintervenienten in der Stellung des § 66 ist trotz dem Widerspruche der unterstützten Hauptpartei wirksam, wenn der Antrag auf einen dem Intervenienten selbst zustehenden Editionsanspruch gestützt wird; stützt aber der Nebenintervenient in der Stellung des § 66 seinen Editionsantrag auf einen Editionsanspruch der unterstützten Hauptpartei und widerspricht die Hauptpartei diesem Antrage, so kann dem Editionsantrage keine Folge gegeben werden, weil der Nebenintervenient wenn er auch in Ausübung rein prozessualischer Befugnisse unabhängig von der Hauptpartei ist, doch über deren Anspruch auf Edition nicht disponieren kann.

Der Editionsantrag nach § 386 kann gegen die Prozeßpartei (bei Streitgenossenschaft gegen jeden Streitgenossen) sowie auch gegen den gegnerischen Nebenintervenienten in der Stellung des § 66 gestellt werden; letzteres folgt daraus, daß der Nebenintervenient nach § 66 als Streitgenosse der Hauptpartei gilt; auch ergiebt § 414 die Möglichkeit der Eideszuschiebung an diesen Nebenintervenienten, folglich auch die Möglichkeit, den Editionseid von ihm zu verlangen. [Vgl. Franke Nebenparteien S. 107.] Umgekehrt folgt aus § 414 die Unmöglichkeit, von dem gegnerischen Nebenintervenienten in der Stellung des § 64 den Editionseid zu verlangen, woraus sich der Rückschluß ergiebt, daß das ganze Inzident-Editionsverfahren der §§ 386—392 gegen einen Nebenintervenienten in der Stellung des § 64 unzulässig ist (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 393). Gegen den Nebenintervenienten in der Stellung des § 66 kann ein Editionsantrag mit Erfolg nur gestellt werden, wenn dem Antragsteller ein Editionsanspruch gegen den Nebenintervenienten zusteht.

2. Der Editionsantrag muß in dem Termin zur mündlichen Verhandlung gestellt werden. Im Anwaltsprozeß soll der Antrag durch Schriftsatz dem Gegner vorher mitgeteilt sein (§§ 120, 121 Nr. 5, 123). Der Antrag ist zulässig bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht (§ 256); auch noch in der Berufungsinstanz (§ 491). Die Erfordernisse des Antrags s. § 389.

Legt der Gegner die Urkunde vor, deren Vorlegung beantragt ist, so ist der Antrag erledigt. Andernfalls entsteht ein Zwischenstreit; über dessen Erledigung sieh die §§ 390, 391.

3. Über Editionsanträge zum Zwecke der Schriftvergleichung s. § 406 Abs. 3. — Über Editionsanträge in Ehesachen s. § 577 Abs. 2. In Entmündigungsprozessen sind Editionsanträge ausgeschlossen (§ 611, 620, 624, 626); vgl. Bem. Nr. 1 zu § 611.

§ 387.

Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet:

1) wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch außerhalb des Prozesses verlangen kann;
2) wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind. Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogenen schriftlichen Verhandlungen.

Mot. S. 267, 268. KPr. S. 156, 553, 554.

1. Litteratur: Glück Pand. XXII S. 108 ff., M. Mittermaier über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden (1835), Demelius die Exhibitionspflicht (1872), Goldschmidt über Editionspflicht insbes. betreffend gemeinschaftliche Urkunden- und Handelsbücher in Ztschr. f. d. g. HR. XXIX S. 341 ff., Hellmann Lehrb. S. 543 ff.

2. Im Interesse der Rechtseinheit ist die Verpflichtung zur Vorlegung von Urkunden im Prozesse durch §§ 387, 388, 394 geregelt. Wie die Mot. a. a. O. ausführen, behandelt das Gesetz die Editionspflicht nicht als eine allgemeine Staatsbürgerpflicht nach Analogie der Zeugnispflicht, sondern als eine privatrechtliche Verpflichtung (vgl. hann. Prot. VII S. 2485 ff., 2519 ff., XV S. 5763 ff., XVI S. 6459 ff., nordd. Prot. II S. 942 ff., Verh. d. Kammer, d. A. d. bayer. Landt. 1863/65 Beil. III Abt. 2 S. 207). Das Gesetz stimmt darin im wesentlichen mit dem früheren gemeinen Prozeßrecht überein und verwirft die Ausdehnungen der Editionspflicht, welche in der Preuß. AGO. I 10 §§ 91, 94, 101, Hann. PrO. §§ 311, 319, Hann. Entw. I. Les. § 387, Sächs. Entw. §§ 436, 437 enthalten waren.

Übrigens regelt die CPrO. die Editionspflicht des Prozeßgegners und dritter nur insoweit, als es sich um die Vorlegung von Urkunden in einem anhängigen Prozesse handelt. Ansprüche auf Vorlegung von Urkunden außerhalb eines anhängigen Prozesses sind überhaupt nicht nach den Regeln der CPrO. über Urkundeneditionspflicht, sondern nur nach den Regeln des materiellen Rechts zu beurteilen. [Vgl. RG. Entsch. XII Nr. 122 S. 412.] Folgesätze bezüglich der Editionspflicht dritter s. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 394.

3. Über „Beweisführer" und „Gegner" vgl. Bem. Nr. 1 zu § 386.

4. Zu Nr. 1: Kann nach den Vorschriften des bürgerlichen d. i. des materiellen Rechts der Beweisführer von dem Gegner die Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde außerhalb eines anhängigen Prozesses verlangen, so kann er im Prozesse die Vorlegung der Urkunde — nicht die Herausgabe — beanspruchen. Entscheidend ist nicht das am Sitze des Prozeßgerichts geltende bürgerliche Recht als solches, sondern das für die materiellrechtlichen Pflichten des Editionsgegners maßgebende. Unter dem bürgerlichen Recht ist natürlich auch das Handelsrecht begriffen [Goldschmidt a. a. O. S. 375].

a) Nach gemeinem Civilrecht kann die Herausgabe bzw. Vorlegung einer Urkunde außerhalb eines anhängigen Prozesses verlangen, wer Eigentum oder Miteigentum an der Urkunde, wer actio Publiciana oder eine Besitzklage auf die Herausgabe der betreffenden Urkunde, desgleichen wer Faustpfandrecht an derselben hat. Obligatorische Ansprüche auf Herausgabe können begründet sein durch Kontraktsverhältnisse, wie Depositum, Kommodat, Pfandvertrag, Kaufvertrag, Cession, Mandat, Societät ꝛc., durch Quasikontraktsverhältnisse wie negotiorum gestio und Vormundschaft; durch Delikt (furtum) sowie nach den Rechtsnormen über die actio ad exhibendum. Unter welchen Voraussetzungen nach diesen letzteren Normen ein Exhibitionsanspruch begründet ist, ist bestritten [vgl. v. Vangerow Pand. III § 708, Windscheid Pand. II § 474 Nr. 6, Demelius a. a. O. S. 127 ff., 250 ff., 269 ff.]. Nach der richtigen Ansicht dürfte die actio ad exhibendum im allgemeinen auf den Fall eines dinglichen Rechts an der Urkunde zu beschränken und eine Editionspflicht außerhalb des Pro-

zesses weder aus dem bloßen Interesse an der Vorzeigung noch aus der Gemeinschaftlichkeit des Inhalts herzuleiten sein. [Vgl. Demelius a. a. O., bes. S. 270; Goldschmidt a. a. O., S. 380. AM. Windscheid a. a. O. mit der herrschenden Lehre.] Besonderes gilt für Testamente und Kodizille (Dig. tit. 43, 5; Cod. tit. 8. 7). Besonders galt ferner nach röm. Recht bezüglich der Geschäftsbücher der argentarii; letztere Bestimmungen sind aber nicht mehr geltendes Recht. Ganz abgesehen davon, daß es sich nur um deren analoge Anwendung handeln könnte, sind dieselben durch die Vorschriften des HGB. über Edition der Handelsbücher außer Kraft gesetzt. — In l. 22 C. de fide instr. 4, 21 hat Justinian die Verpflichtung zur Urkundenedition an jeden Interessenten fast auf den Umfang der Zeugnispflicht ausgedehnt. Das Gesetz ist lex restituta und nicht rezipiert [vgl. Heffter CPr. § 252 N. 231, Wetzell § 24 N. 102, Glück XXII S. 112 f., Bayer S. 955]. — Privilegien des Fiskus in Bezug auf Urkundenexhibition (s. l. 2 §§ 1, 2 D. de I. F. 49, 14) sind beseitigt, weil sie zu den Eigentümlichkeiten des röm. Fiskalprozesses gehören.

b) Materiellrechtliche Normen, nach welchen die Vorlage von Handelsbüchern außerhalb eines anhängigen Prozesses verlangt werden kann, enthalten HGB. Art. 105, 145, 160, 193; 222a Abs. 3, 225 Abs. 1, 239 Abs. 2 (diese vier Artikel in neuer Fassung), 253, 270. Der Anspruch auf Einsicht der Handelsbücher involviert das Recht auf Vorlegung. Natürlich geht der Editionsanspruch, welcher sich auf die angeführten Artikel stützt, im Civilprozeß nicht weiter, als er außerhalb des Prozesses nach diesen Artikeln zu Recht besteht. — Nicht zu den Normen, auf Grund deren Urkundenvorlegung außerhalb des Prozesses verlangt werden kann, gehört HGB. Art. 37 und 79, denn diese Artikel handeln nur von Vorlegung von Handelsbüchern im Prozesse. Über die Bedeutung der Art. 37 und 79 s. u. Bem. Nr. 6 litt. b und c. — Dagegen begründet Art. 40 des HGB. einen, wenn auch dem richterlichen Ermessen anheimgegebenen, Anspruch auf Vorlegung der Handelsbücher in den Erbschafts- und Gütergemeinschaftsangelegenheiten und im Konkurse auch außerhalb des Civilprozesses und kann daher, soweit solche Angelegenheiten in Frage sind, auch im Civilprozeß zur Begründung eines Editionsantrags dienen.

5. Zu Nr. 2: Auch wenn nach dem bürgerlichen Recht dem Beweisführer ein Anspruch auf Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde außerhalb des Prozesses nicht zusteht, kann er gleichwohl die Vorlegung im Prozesse verlangen, wenn die Urkunde eine gemeinschaftliche ist. Wann eine Urkunde als gemeinschaftliche zu betrachten sei, ist, obwohl die Motive S. 267 sagen, der Begriff der Gemeinschaftlichkeit sei zur Beseitigung von Zweifeln in § 387 „festgestellt“, in dem Gesetze nicht bestimmt, vielmehr sind nur die wichtigsten Fälle von Gemeinschaftlichkeit erläuternd angeführt (arg. „insbesondere“). [So auch Goldschmidt a. a. O. S. 388 ff. AM. Hellmann Lehrb. S. 545.] Hiernach ist „gemeinschaftlich“:

a) jede Urkunde für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist. Nicht notwendig, daß die Urkunde im gemeinsamen Interesse des Editionsklägers und seines Gegners errichtet ist, vielmehr genügt, daß sie im einseitigen Interesse des Editionsklägers oder in seinem und eines anderen Interesse errichtet ist. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 342. AM. Goldschmidt S. 389.] Bei der Errichtung der Urkunde muß beabsichtigt worden sein, auf privatrechtliche Beziehungen des Editionsklägers einzuwirken oder solche Beziehungen zu sichern.

b) Jede Urkunde für die Personen, deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind. Nicht notwendig, daß dies gegenseitige Rechtsverhältnisse des Editionsklägers und des Besitzers der Urkunde sind. — Hierher gehören alle Arten von Vertragsurkunden (sind solche in duplo ausgefertigt, so kann jeder Kontrahent auch die Vorlegung des Exemplars des anderen verlangen), Schuldscheine, Quittungen (jede Quittung ist gemeinschaftlich,

weil sie das Aufhören eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Quittierenden und dem Quittungsempfänger beurkundet, vgl. SA. XVI 88, XVII 169), die von einem Rechnungspflichtigen gestellten Rechnungen, die Sal- und Lagerbücher, die Stifts-, Zins- und Schaarwerksregister, die Lehenprotokolle, die im Geschäftsverkehr zwischen Gewerbetreibenden oder Kaufleuten und ihren Kunden üblichen Kontobücher 2c. 2c. Den Parteien gemeinschaftlich sind Entscheidungen der Gerichte und anderer Behörden. Die Geschäftsbücher einer Sparkasse sind quoad passus concernentes gemeinschaftlich im Verhältnis zwischen Kasse und Einlegern [vgl. RG. 12. Mai 1882 SA. XXXVII Nr. 348]. Aufzeichnungen in Haus-, Rechnungs-, Haushaltungsbüchern fallen nicht unter den Begriff der gemeinschaftlichen Urkunden. Wegen der Handelsbücher der Kaufleute s. u. Bem. Nr. 6.

c) Die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogenen schriftlichen Verhandlungen, also Punktationen aller Art, ferner die vor oder nach dem Geschäftsabschlusse liegende Korrespondenz zwischen den Kontrahenten und ihren Stellvertretern, sowie die Korrespondenz der Kontrahenten mit dem gemeinsamen Vermittler, gleichviel ob die Briefe von dem oder an den Vermittler geschrieben sind. Dagegen ist für den Kontrahenten A nicht gemeinschaftlich die Korrespondenz zwischen dem Kontrahenten B und dem von diesem einseitig zur Vermittelung oder zum stellvertretungsweisen Abschluß des Geschäfts Beauftragten.

Da das Gesetz den Begriff der gemeinschaftlichen Urkunde nicht erschöpft, so ist nicht ausgeschlossen, daß auch andere als die sub. litt. a—c angeführten Urkunden nach den Vorschriften irgend eines Civilrechts als gemeinschaftliche zu behandeln sind. Gemeinrechtlich giebt es keine gemeinschaftlichen Urkunden, die nicht unter litt. a—c fallen.

6. Über Vorlegung von Handelsbüchern und insbesondere des Mäklertagebuchs.

a) Aus welchen Vorschriften des HGB. sich ein Anspruch auf Vorlegung von Handelsbüchern außerhalb des Prozesses und daher indirekt (§ 387 Nr. 1) ein Anspruch auf Edition im Prozesse ergiebt, ist aus Bem. Nr. 4 litt. b zu entnehmen.

b) Vorschriften über Vorlegung von Handelsbüchern im Prozesse enthalten HGB. Art. 37 Satz 1, 38 vgl. mit 40. Diese Vorschriften sind gemäß EG. § 13 durch die CPrO. nicht außer Kraft gesetzt. Vollständig klar ist die Bedeutung des Art. 38 vgl. mit Art. 40; aus Art. 38 ergiebt sich, wie bezüglich der Einsicht vorgelegter Handelsbücher zu verfahren und namentlich, in welchem Umfang vorgelegte Handelsbücher einzusehen sind. Weniger klar ist das Verhältnis des Art. 37 zu der CPrO. Wäre für die Edition von Handelsbüchern im Prozeß ausschließlich der Art. 37 maßgebend [so Goldschmidt a. a. O. S. 367, RG. 14. Nov. 1885 Entsch. XV Nr. 101 S. 380 und wohl auch Behrend Lehrb. d. HR. I S. 302], so könnte von einem Anspruche auf Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei nur insoweit die Rede sein, als das Gericht nach seinem freien Ermessen die Vorlegung verordnet; insbesondere bestände kein Recht, im Prozesse die Edition von Handelsbüchern des Gegners wegen Miteigentums 2c. oder wegen Gemeinschaftlichkeit des Inhalts zu erzwingen. Diese Ansicht dürfte unrichtig sein, weil eine Abschwächung materiellrechtlicher Editionsansprüche für den Fall, daß der Editionspflichtige Prozeßgegner wird, mit der ganzen Richtung des Gesetzes im Widerspruch stände. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Antrag auf Edition von Handelsbüchern sowohl aus dem § 387 der CPr. wie auch aus dem allgemeiner gehaltenen Art. 37 des HGB. begründet werden kann, und daß der aus § 387 begründete Editionsantrag dem richterlichen Ermessen nicht unterliegt. Hiernach besteht außer den Fällen der Bem. Nr. 4 ein Anspruch auf Vorlegung der Handelsbücher, insoweit dieselben gemeinschaftliche Urkunden im Sinne des § 387 Nr. 2 sind. Gemeinschaftlich sind sie quoad passus

concernentes für die darin gebuchten Geschäfte zwischen dem Editionskläger und seinem Gegner. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 5. Für die Gemeinschaftlichkeit auch Behrend Lehrb. d. HR. I S. 302 und RG. 12. Mai 1882 SA. XXXVII Nr. 119.]

c) HGB. Art. 79 giebt dem Gericht die Befugnis, die Vorlegung des Mäklertagebuchs im Laufe eines Rechtsstreits anzuordnen, einerlei ob der Mäkler Partei ist oder nicht. Dieser Art. 79 ist geltendes Recht. Derselbe tritt neben CPrO. § 387. Das Mäklertagebuch ist gemeinschaftliche Urkunde für die beiden Kontrahenten und für den Mäkler.

§ 388.

Der Gegner ist auch zur Vorlegung derjenigen in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf welche er im Prozesse zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn dieses nur in einem vorbereitenden Schriftsatze geschehen ist.

Mot. S. 267, 268. KPr. S. 156, 553, 554.

Auch wenn ein Anspruch auf Urkundenedition aus § 387 nicht begründet ist, entsteht ein solcher dadurch, daß der Gegner (über diesen Begriff vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 386) in dem Prozesse, in welchem die Edition verlangt wird, zum Nachweise eigener oder zur Widerlegung gegnerischer Behauptungen auf eine in seinen Händen befindliche Urkunde in einem Schriftsatze oder in mündlicher Verhandlung Bezug genommen hat. Die Editionspflicht aus § 388 gilt nur für den konkreten Prozeß, nicht für andere Prozesse derselben Parteien. Der aus § 388 entstandene Editionsanspruch wird nicht dadurch aufgehoben, daß der Gegner auf die Benutzung der Urkunde seinerseits verzichtet.

§ 389.

Der Antrag soll enthalten:

1) die Bezeichnung der Urkunde;

2) die Bezeichnung der Thatsachen, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollen;

3) die möglichst vollständige Bezeichnung des Inhalts der Urkunde;

4) die Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, daß die Urkunde sich in dem Besitze des Gegners befindet;

5) die Bezeichnung des Grundes, welcher die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde ergiebt. Der Grund ist glaubhaft zu machen.

Mot. S. 268, 269. KPr. S. 156, 553.

1. Die Motive bemerken zu § 389: „Die Vorschrift ist nicht bloß instruktionell, sondern imperativ und hat nur um deshalb die mildere Fassung („soll") erhalten, weil der Antrag mittels Schriftsatzes nicht gestellt, sondern nur vorbereitet werden soll, mithin berücksichtigt werden muß, wenn in der mündlichen Verhandlung den Erfordernissen des § 389 entsprochen wird."

Auf den Antrag ist die Vorschrift des § 269 nicht anwendbar (s. Bem. Nr. 1 zu § 269).

Ein Antrag, welcher den Erfordernissen des § 389 nicht entspricht, kann nie zu einer Entscheidung über die materielle Seite desselben, also auch nicht zur Auflage eines Editionseides führen, sondern ist als nicht ordnungsmäßig zurückzuweisen; diese Entscheidung erfolgt durch Zwischenurteil oder in Endurteil, nicht durch Beschluß.

2. Zu Nr. 1: Die Bezeichnung muß so bestimmt sein, daß der Gegner wissen kann, um welche Urkunde es sich handelt.

3. Zu Nr. 2: Dies ist nötig, damit der Richter die Erheblichkeit prüfen kann.

4. Zu Nr. 3: Diesem Erfordernis ist natürlich durch Vorlage einer Abschrift genügt; doch ist Vorlage der Abschrift nicht geboten.

5. Zu Nr. 4: Es muß angegeben werden, wie der Gegner in den Besitz der Urkunde gelangt sein soll; es muß Fortdauer des Besitzes behauptet werden. Glaubhaftmachung ist nicht erforderlich. Anders § 395.

6. Zu Nr. 5: Es muß angegeben werden, ob die Vorlegung auf Grund von § 387 Nr. 1 oder 2 oder von § 388 gefordert wird, aus welchem materiellem Rechtstitel die Vorlegung gefordert wird, bzw. woraus sich die Gemeinschaftlichkeit ergiebt oder wo in dem Prozesse vom Gegner auf die Urkunde Bezug genommen ward. Im Falle des § 388 dienen die Akten zur Glaubhaftmachung.

7. Der Antragsteller hat keinen Gefährdeeid zu leisten. Der Antragsteller muß nicht den Editionseid besonders verlangen.

§ 390.

Erachtet das Gericht die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, für erheblich und den Antrag für begründet, so ordnet es, wenn der Gegner zugesteht, daß die Urkunde sich in seinen Händen befinde, oder wenn der Gegner sich über den Antrag nicht erklärt, die Vorlegung der Urkunde an.

Mot. S. 268. KPr. S. 156, 553.

1. Bei formell ordnungsmäßigem Editionsantrag (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 389) sind folgende Prozeßlagen möglich:

a) Der Gegner bestreitet die Erheblichkeit der durch die Urkunde zu erweisenden Thatsache, gesteht aber den Besitz der Urkunde zu und erkennt seine Editionspflicht an. Es liegt kein Zwischenstreit vor. Hält das Gericht die Thatsache für erheblich, so ordnet es durch Beweisbeschluß die Vorlegung der Urkunde an. Hält das Gericht die Thatsache für unerheblich, so ist dies erst in den Entscheidungsgründen des Endurteils auszusprechen.

b) Der Gegner gesteht den Besitz der Urkunden zu, bestreitet aber seine Editionspflicht. Dies ist möglich selbst bei Zugeständnis der zur Begründung des Editionsantrags behaupteten Thatsachen; es kann bestritten werden, daß sich daraus die Editionspflicht ergebe. α) Das Gericht erachtet die zu erweisende Thatsache für unerheblich. Dann liegt keine Veranlassung zur Entscheidung über die Editionspflicht vor, weil davon für die Hauptentscheidung nichts abhängt. Das Gericht schreitet nach Erledigung etwaiger Beweisaufnahme zum Endurteil und erklärt in den Entscheidungsgründen jene Thatsache für irrelevant. β) Das Gericht erachtet die Thatsache für erheblich, die Editionspflicht aber nicht für begründet. Dann ist der Zwischenstreit zu entscheiden. Das Gericht muß den Editionsantrag durch Urteil abweisen. Die abweisende Entscheidung kann in den Gründen des Endurteils enthalten sein; sie kann aber auch durch Zwischenurteil erfolgen (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 275). γ) Das Gericht hält die Thatsache für erheblich und den Antrag für materiell begründet. Dann ordnet es die Vorlegung der Urkunde an. Diese Entscheidung ist, soweit sie die Erheblichkeit der Thatsache bejaht, Beweisbeschluß; soweit sie die Editionspflicht ausspricht, Zwischenurteil. Aus dieser Doppelnatur folgt: die Entscheidung betreffs der Erheblichkeit bedarf keiner Gründe, bindet aber auch das Gericht nicht; die Entscheidung betreffs der Editionspflicht bedarf der Gründe und bindet das Gericht. [So auch Gaupp II S. 347.]

c) Der erschienene Gegner erklärt sich nicht auf den Editionsantrag. Nach § 129 hat

der Gegner sich in der mündlichen Verhandlung über die dem Antrag zu Grunde liegenden Thatsachen zu erklären, widrigenfalls die Thatsachen als zugestanden gelten. Folge der Unterlassung ist also, daß sowohl der Besitz der Urkunde als die Thatsachen, aus welchen die Editionspflicht hergeleitet wird (§ 389 Nr. 5), als unbestritten behandelt werden. α) Erachtet das Gericht aber die Thatsache, welche durch die Urkunde erwiesen werden soll, für unerheblich, so ist zu verfahren wie in dem ad b α erörterten Falle. β) Hält das Gericht aber die zu erweisende Thatsache für erheblich, so bedarf es, da als Versäumnisfolge nicht Anerkenntnis des Editionsanspruchs, sondern nur die Fiktion des Zugeständnisses der zur Begründung dieses Anspruchs vorgebrachten Thatsachen eintritt, noch der Entscheidung darüber, ob diese Thatsachen den Antrag begründen. Die Verneinung dieser letzteren Frage muß, wie im Falle ad b β, entweder im End- oder durch Zwischenurteil ausgesprochen werden. Bei Bejahung der Frage ist die Vorlegung der Urkunde anzuordnen. Diese Anordnung hat die Doppelnatur eines Beweisbeschlusses und eines Zwischenurteils wie im Falle ad b γ.

d) Der Gegner bestreitet, daß sich die Urkunde in seinem Besitze befindet. Von diesem Falle handelt § 391. Näheres s. Bem. Nr. 1 zu § 391.

Alle in litt. a—e erwähnten vor dem Endurteil ergehenden Entscheidungen sind erst mit dem Endurteil anfechtbar. Niemals ist Beschwerde zulässig.

[Daß die Anordnung, die Urkunde vorzulegen, neben ihrer Eigenschaft als Zwischenurteil die eines Beweisbeschlusses habe, bestreitet v. Bülow N. 2 zu § 390. Dagegen Wilm. Levy N. 1 zu § 390. Die Frage hat auch wegen § 339 und wegen GKG. § 18 (cf. GO. f. RA. § 13 Nr. 4) Bedeutung. Die von v. Bülow cit. Mot. S. 33 beweisen mE. nichts gegen die obigen Ausführungen. Vgl. a. Mot. d. Entw. des GKG. S. 51.]

2. Zu einem Versäumniszwischenurteile (§ 312) über die Editionspflicht kann es kommen, wenn nach einer mündlichen Verhandlung, in welcher der Editionsantrag gestellt und die Editionspflicht bestritten worden ist, ein Termin lediglich zur Verhandlung über den Editionsstreit bestimmt ist. Über dieses Versäumniszwischenurteil vgl. Bem. Nr. 3 zu § 312. Über dessen Bedeutung für die höhere Instanz s. Bem. Nr. 3 zu § 474.

§ 391.

Bestreitet der Gegner, daß die Urkunde sich in seinem Besitze befinde, so hat er einen Eid dahin zu leisten:

> daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Überzeugung erlangt habe, daß die Urkunde in seinem Besitze sich nicht befinde, daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen, daß er auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Änderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen.

Auf die Leistung des Eides durch Streitgenossen, gesetzliche Vertreter, Minderjährige und Verschwender finden die Vorschriften der §§ 434—436 entsprechende Anwendung.

Hat eine öffentliche Behörde Urkunden vorzulegen, so wird der Eid von dem Beamten geleistet, welchem die Verwahrung der Urkunden übertragen ist.

Mot. S. 268, 269. KPr. S. 156, 157, 553.

1. Bestreitet der Gegner in der mündlichen Verhandlung, daß die Urkunde sich in seinem Besitze befinde, so ist zu unterscheiden: a) Das Gericht hält die Thatsache, welche durch

die Urkunde erwiesen werden soll, für nicht erheblich. Dann ist zu verfahren, wie in dem Falle ad b α der Bem. Nr. 1 zu § 390. b) Das Gericht hält die Thatsache für erheblich, den Editionsantrag aber für materiell nicht begründet. Dann ist zu verfahren wie in dem Falle ad b β der Bem. Nr. 1 zu § 390. c) Das Gericht hält die Thatsache für erheblich und die Editionsverbindlichkeit im Falle des Besitzes für gegeben; dann ist durch Beweisbeschluß die Leistung des Editionseides anzuordnen. Anordnung der Eidesleistung durch Zwischenurteil ist nicht gestattet, weil das Gesetz ein durch Eid bedingtes Zwischenurteil im Zwischenstreit nicht kennt (arg. a contr. § 426 Abs. 2; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 426); auch paßt das Präjudiz des § 392 seiner Unbestimmtheit halber nicht zu einem bedingten Urteile. [So auch Wach Vortr. S. 91. AM. Struckm. Koch N. 2 zu § 390, Wilm. Levy N. 1 zu § 391, Gaupp II S. 348, welche zwar die Anordnung des Editionseides durch Beweisbeschluß, bei Bestrittensein der Editionspflicht aber die Notwendigkeit oder doch die Zulässigkeit eines Zwischenurteils über die Editionspflicht behaupten. Ähnlich Hellmann Komm. II S. 293 f. Zur Zeit der Erlassung eines Beweisbeschlusses auf Editionseid könnte doch nur hypothetisch über die von der Thatsache des Besitzes abhängige Editionspflicht entschieden werden. Solche hypothetische Entscheidung kommt dem Systeme des Gesetzes gemäß zur Zeit eines Beweisbeschlusses nie zur Erscheinung, wenn sie auch unausgesprochenes Motiv bei dem Beweisbeschlusse ist. Unrichtig ist jedenfalls die Meinung Puchelts II S. 229, daß Beweisbeschluß und Zwischenurteil zur Wahl des Gerichts stehe.]

Die Anordnung des Editionseides kann erst mit dem Endurteil angefochten werden; es giebt keine Beschwerde dagegen.

2. Zur Anordnung des Editionseides bedarf es nicht eines besonderen Antrags; das Verlangen des Eides steckt im Editionsantrag. — Darüber, daß der Gegner die Urkunde besitze, ist Beweisführung auf anderem Wege als durch den Editionseid nicht zulässig [vgl. RG. 2. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 98 S. 395]. Die Anordnung des Editionseides ist nicht dadurch bedingt, daß der Besitz der Urkunde wahrscheinlich ist. Der Editionseid kann nicht durch den Beweis des Nichtbesitzes der Urkunde vermieden werden. Zurückschiebung des Editionseides ist unmöglich.

3. Die Norm des Eides enthält drei Negationen: die Negation des Besitzes in der Form des Überzeugungseides, die Negation der dolosen Besitzesaufgabe in der Form des Wahrheitseides und die Negation des Wissens, wo sich die Urkunde befindet (Ignoranzeid). Über Entstehung der Norm vgl. hannov. Prot. VII S. 2491, XV S. 5771, hannov. Entw. § 381, nordd. Prot. II S. 949 ff., nordd. Entw. § 597. Diese Norm ist nicht starr und unabänderlich. Es kann Fälle geben, auf welche sie nicht paßt. Wenn z. B. der Schwurpflichtige weiß, daß er die Urkunde ohne allen Dolus vernichtet hat oder daß die Urkunde durch Zufall zu Grunde gegangen ist, dann passen die Schlußworte „daß er auch nicht wisse ꝛc." nicht.

4. Zu Abs. 3: Wegen Eidesleistung durch Streitgenossen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 58 und die Bemerkungen zu § 434. Wegen Eidesleistung durch gesetzliche Vertreter s. §§ 435 Abs. 1, 436. Wegen Eidesleistung durch Minderjährige und Verschwender s. § 435 Abs. 2.

5. Zu Abs. 4: Hiernach hat nicht der gesetzliche Vertreter der Behörde, sondern der mit der Verwahrung der Urkunde betraute Beamte (Archivar, Registrator ꝛc.) den Eid zu leisten. Sind mehrere solche Beamte da, so müssen alle schwören.

6. Wird der Editionseid geleistet, so ist erwiesen, daß der Gegner die Urkunde nicht besitzt; damit ist der Editionsantrag hinfällig. Den Editionsantrag in diesem Fall durch Zwischenurteil abzuweisen, wäre überflüssig. In den Gründen des Endurteils ist auszuführen, daß der Editionsantrag sich durch die Eidesleistung erledigte; hier sind die Konsequenzen

daraus zu ziehen. — Der Editionsleistung gleich steht die Erlassung des Eides (§ 429). — Eidesleistung und Erlassung behalten ihre Wirksamkeit auch für die zweite Instanz (§ 495 Abs. 2). — § 428 Abs. 2 ist auf den Editionseid nicht anwendbar, weil auch vor der Eidesleistung Beweis auf anderem Wege ausgeschlossen war (s. o. Bem. Nr. 2). — Auf das Verfahren bei der Eidesleistung sind die §§ 440—446 anwendbar. — Restitutionsklage wegen Verletzung der Eidespflicht s. § 543 Nr. 1.

§ 392.

Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, nicht nach, so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, diese Abschrift als richtig anzusehen. Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden.

Mot. S. 268, 269. KPr. S. 157, 158, 553.

1. Die prozessualische Folge des Nichtvorlegens der Urkunde, deren Vorlegung angeordnet ist (§ 390), und der Weigerung des angeordneten Editionseides (§ 391) ist verschieden, je nachdem der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde vorgelegt hat oder nicht. Ersterenfalls muß der Richter die Abschrift als richtig ansehen. Welchen Beweiswert der Inhalt hat, ist eine andere Frage. Ist keine Abschrift vorgelegt, so steht es in dem Ermessen des Richters, die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit der Urkunde (ob öffentliche oder Privaturkunde, unterschrieben, gesiegelt 2c.) und über den Inhalt derselben (§ 389 Nr. 3) als erwiesen anzunehmen; genötigt ist der Richter nicht zu dieser Annahme. Die Entwürfe enthielten für den Fall, daß keine Abschrift beigebracht ist, die Beweisregel, daß „die Thatsache als erwiesen anzusehen sei, welche durch die Urkunde unmittelbar erwiesen werden soll". In der JK. d. R. wurde diese Beweisregel gestrichen und das Ermessen des Richters an die Stelle gesetzt. Man wollte Übereinstimmung mit § 409 erreichen. Übrigens waltete bei der Stellung des Abänderungsantrags ein Mißverständnis ob. Man glaubte nämlich, daß die cit. Vorschrift des Entwurfs den Richter nötige, das thema probandum (§ 389 Nr. 2) als erwiesen anzunehmen, während dieselbe doch nur die durch die Urkunde „unmittelbar" zu erweisende Thatsache, d. i. den Urkundeninhalt (§ 389 Nr. 3) unter die Beweisregel stellte. Die Verschiedenheit zwischen Entwurf und Gesetz besteht also nur darin, daß die zwingende Beweisregel über Richtigkeit des behaupteten Urkundeninhalts beseitigt ist. Hinsichtlich der Frage, welchen materiellen Beweiswert der Urkundeninhalt für das eigentliche thema probandum habe, stand der Entwurf auf demselben Standpunkt wie jetzt das Gesetz; das richterliche Ermessen ist hinsichtlich dieser Frage durch Beweisregeln nicht beschränkt. Natürlich kann der Urkundeninhalt mit dem thema probandum zusammenklappen.

2. Die Versäumnisfolgen des § 392 können nur durch das (bedingte oder unbedingte) Endurteil oder durch ein Zwischenurteil über ein selbständiges, materiellrechtliches Angriffs- oder Verteidigungsmittel (Bem. Nr. 3 zu § 275), nicht durch ein Zwischenurteil der in Bem. Nr. 4 zu § 275 bezeichneten Art, verwirklicht werden. — Die Versäumnisfolgen können in zweiter Instanz durch Vorlegung der Urkunde beseitigt werden (vgl. nordd. Prot. S. 949 und nordd. Entw. § 587). [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 351, Wach Vortr. S. 187, 189.] Dagegen kann der in erster Instanz verweigerte Editionseid nicht in zweiter Instanz nachgeholt werden, weil nach § 495 Abs. 2 die Eidesverweigerung für die zweite Instanz fortwirkt. — Eine Beweisführung seitens der die Edition

und den Editionseid verweigernden Partei zu dem Zwecke, um darzuthun, daß die vorgelegte Abschrift unrichtig oder daß die Behauptungen des Editionsklägers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde unwahr seien, ist weder in erster noch in zweiter Instanz zulässig; denn Versäumnisfolgen können nicht durch Gegenbeweis entkräftet werden. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3 zu § 392, Wach Vortr. S. 189. AM. v. Kries Rechtsmittel S. 184 f.]

3. Versäumnis des zur Eidesleistung bestimmten Termins: a) Der Termin ist vor dem Prozeßgericht angesetzt. Dann finden die in Bem. Nr. 3 Ziff. II litt. A zu § 430 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. b) Der Termin ist vor dem beauftragten oder ersuchten Richter angesetzt (§ 441). Dann finden die in Bem. Nr. 3 Ziff. II litt. B zu § 430 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. [Nach Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 351, Petersen S. 616 soll § 430 auf den Editionseid überhaupt nicht anwendbar sein. Diese Ansicht weicht, wie sich aus Vergleichung der cit. Bemerkungen zu § 430 ergiebt, von der hier vertretenen nur für den einen Fall ab, daß der versäumte Schwurtermin vor einem beauftragten oder ersuchten Richter angesetzt war und in dem darauf folgenden Verhandlungstermin vor dem Prozeßgericht nicht der Schwurpflichtige in Person, wohl aber sein Bevollmächtigter erschienen ist. Nur für diesen Fall bleibt Raum für ein Versäumniszwischenurteil nach § 430. Warum aber das Versäumniszwischenurteil prinzipiell unzulässig sein sollte, ist bei der allgemeinen Fassung des § 430 umsoweniger abzusehen, als ohne solches eine irreparable Versäumnisfolge eintreten würde.]

4. Die nach § 390 ergangene Anordnung, die Urkunde vorzulegen, kann nicht nach §§ 769 ff. vollstreckt werden.

§ 393.

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen eines dritten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen.

Mot. S. 269, 270. KPr. S. 159, 553.

1. Die §§ 393—397 betreffen den Fall, daß die Urkunde, welche von einer Partei zur Beweisführung benutzt werden will, sich in den Händen eines dritten befindet. Der dritte muß auf die Herausgabe von Urkunden im Wege besonderer Klage bei dem nach allgemeinen Grundsätzen zuständigen Gericht belangt werden.

2. Der Antrag kann gestellt werden von der Prozeßpartei (bei Streitgenossenschaft von jedem Streitgenossen) sowie auch vom Nebenintervenienten. Auf den Antrag des Nebenintervenienten finden die in Bem. Nr. 1 Abs. 1 zu § 386 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung.

Dritter ist jeder, gegen welchen nicht Editionsantrag nach § 386 gestellt werden kann (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 386); auch der Nebenintervenient des Gegners, wenn er nicht nach § 66 als Streitgenosse gilt; ebenso der Streitgenosse und der Nebenintervenient des Beweisführers, sowie die nach §§ 72, 73, 236, 237 aus dem Prozeß ausgeschiedene Partei.

3. Der Antrag muß in dem Termin zur mündlichen Verhandlung gestellt werden. Im Anwaltsprozeß soll der Antrag durch Schriftsatz dem Gegner vorher mitgeteilt sein (§ 120, 121 Nr. 5, 123). Der Antrag ist zulässig bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht (§ 256); auch noch in der Berufungsinstanz (§ 491). Die Erfordernisse des Antrags s. § 395. Wegen der Entscheidung über den Antrag s. § 396.

4. Über Anträge § 393 zum Zwecke der Schriftvergleichung s. § 406 Abs. 4. — Anträge nach § 393 sind auch in Ehe- und Entmündigungsprozessen zulässig.

§ 394.

Der dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet; er kann zur Vorlegung nur im Wege der Klage genötigt werden.

Mot. S. 267–270. KPr. S. 159, 553.

1. Das Gesetz statuiert in Übereinstimmung mit dem früheren gemeinen Recht eine Editionspflicht dritter in demselben Umfange, in welchem der Prozeßgegner editionspflichtig ist. Nach § 394 in Verbindung mit § 387 besteht also ein Editionsanspruch gegen dritte: a) wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des materiellen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch außerhalb des Prozesses von dem dritten verlangen kann (vgl. dazu Bem. Nr. 4 zu § 387); b) wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den dritten gemeinschaftliche ist (vgl. dazu Bem. Nr. 5 und 6 litt. b und c zu § 387). [Unrichtig Goldschmidt Ztschr. f. d. g. HR. XXVII S. 358 f., welcher im Verhältnis zu dritten die Gemeinschaftlichkeit überhaupt nicht als Editionsgrund gelten läßt — im Widerstreit mit dem Wortlaut des Gesetzes, dem Inhalt der Motive und der Entstehungsgeschichte der §§ 387, 394; vgl. hann. Prot. VII S. 2485 ff., 2500 ff., 2519 ff., XV S. 5763 ff., XVI S. 6459.]

Vom Standpunkte der in Bem. Nr. 4 litt. a zu § 389 vertretenen Ansicht, daß die Gemeinschaftlichkeit des Inhalts noch kein Recht auf Edition außerhalb des Prozesses begründe, ergiebt § 394 einen Eingriff in das materielle Recht, sofern er für den aus Veranlassung eines anhängigen Prozesses nach Fristbestimmung gemäß §§ 393, 396 begonnenen Editionsprozeß die Gemeinschaftlichkeit als Editionsgrund statuiert. In einem mit einem anhängigen Prozesse nicht in der bezeichneten Weise zusammenhängenden Editionsprozesse sind die Normen der CPrO. über Editionspflicht überhaupt nicht maßgebend (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 387). [So auch RG. 30. Dez. 1884 Entsch. XII Nr. 122 S. 412 ff.]

2. Die Klage ist bei dem nach allgemeinen Grundsätzen zuständigen Gericht anzubringen. Der Prozeß ist selbständig (nicht als Inzidentstreit) durchzuführen. In diesem Prozesse hat der Kläger seinen Anspruch zu begründen und den Besitz des Beklagten durch die gewöhnlichen Beweismittel zu beweisen. Der Editionseid als solcher kann nicht angeordnet werden. Wohl aber ist nach allgemeinen Grundsätzen die Eideszuschiebung gestattet. Erwirkt der Kläger ein den Beklagten verurteilendes Erkenntnis, so ist dasselbe nach §§ 769, 780 ff. zu vollstrecken. Ist die Vollstreckung erfolglos, so kann sich der Anspruch auf Herausgabe oder Vorlegung in einen Anspruch auf Leistung des Interesses verwandeln.

§ 395.

Zur Begründung des nach § 393 zu stellenden Antrags hat der Beweisführer den Erfordernissen des § 389 Nr. 1—3, 5 zu genügen und außerdem glaubhaft zu machen, daß die Urkunde sich in den Händen des dritten befinde.

Mot. S. 269, 270. KPr. S. 159, 553.

1. Zur Begründung des Antrags auf Ansetzung einer Frist zur Herbeischaffung der Urkunde im Wege des Prozesses sind die gleichen Erfordernisse wie zu einem Editionsantrage gegen die Partei und außerdem noch die Glaubhaftmachung des Besitzes auf Seite des dritten

vorgeschrieben. Der Glaubhaftmachung bedarf es nicht, wenn der Gegner zugiebt, daß der dritte sich im Besitz der Urkunde befindet.

2. Ein nicht ordnungsmäßiger Antrag ist zurückzuweisen. Auf die Zurückweisung findet Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 389 Anwendung.

§ 396.

Ist die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, erheblich, und der Antrag den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen entsprechend, so hat das Gericht eine Frist zur Vorlegung der Urkunde in einem von dem Beweisführer zu erwirkenden Termine zu bestimmen.

Der Gegner kann die Fortsetzung des Verfahren vor dem Ablaufe der Frist beantragen, wenn die Klage gegen den dritten erledigt ist oder wenn der Beweisführer die Erhebung der Klage oder die Betreibung des Prozesses oder der Zwangsvollstreckung verzögert.

Mot. S. 269, 270. KPr. S. 159, 553.

1. Ist der Antrag formell ordnungsmäßig (über den gegenteiligen Fall s. Bem. Nr. 2 zu § 395), so hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob die durch die Urkunde zu erweisende Thatsache erheblich ist. Verneint das Gericht diese Frage, so ist keine besondere Entscheidung über den Antrag zu erlassen. Die Unerheblichkeit jener Thatsache ist in den Entscheidungsgründen des Urteils auszusprechen. Erachtet das Gericht die Thatsache für erheblich, so ist durch Beweisbeschluß eine Frist zur Vorlegung der Urkunde zu bestimmen. Dagegen ist keine Beschwerde zulässig; denn der Beschluß kann nur nach mündlicher Verhandlung erlassen werden. Aussetzung des Verfahrens im Sinne der §§ 223 ff. tritt während der Frist nicht ein.

2. Die Frist ist so zu bemessen, daß innerhalb derselben die Editionsklage voraussichtlich erledigt werden kann. Die Frist kann durch Vereinbarung sowie auf Antrag verlängert werden (§§ 202, 203).

3. Schon vor Ablauf der Frist kann jede Partei den Gegner zur Verhandlung laden. Ladet der Gegner den Beweisführer, so ist zunächst über die prozessualische Frage zu verhandeln, ob das Verfahren zur Hauptsache fortzusetzen sei. Gründe zur Fortsetzung s. Abs. 2.

4. Nach Ablauf der Frist wird kein Verhandlungstermin von Amtswegen angesetzt. Der Antrag auf Termin und die Ladung fällt dem Parteibetrieb anheim (s. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. i vor § 191). In dem Termin kann neue Frist bewilligt werden. Anderenfalls wird das Verfahren fortgesetzt. Präkludiert ist die Benutzung der Urkunde auch durch den Fristablauf nicht. Gelingt es dem Beweisführer die Urkunde vor dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, beizubringen, so ist sie zu berücksichtigen (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 321). Natürlich kann die Urkunde immer in der Berufungsinstanz benutzt werden.

§ 397.

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, die Behörde oder den Beamten um die Mitteilung der Urkunde zu ersuchen.

Diese Vorschrift findet auf Urkunden, welche die Parteien nach den gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichts zu beschaffen imstande sind, keine Anwendung.

Verweigert die Behörde oder der Beamte die Mitteilung der Urkunde in Fällen, in welchen eine Verpflichtung zur Vorlegung auf § 387 gestützt wird, so finden die Bestimmungen der §§ 393—396 Anwendung.

Mot. S. 270. KPr. S. 159, 160, 553.

1. Ist eine öffentliche Behörde oder ein öffentlicher Beamter Prozeßgegner, so finden die Vorschriften der §§ 386—392 Anwendung. § 397 betrifft den Fall, daß sich die Urkunde in den Händen eines dritten befindet, der eine öffentliche Behörde oder ein öffentlicher Beamter ist. In diesem Fall erfolgt die Beweisantretung durch den Antrag, das Prozeßgericht möge die Behörde oder den Beamten um die Mitteilung der Urkunde ersuchen. Dieser Antrag muß dem § 255, nicht dem § 395, entsprechen. Erachtet das Gericht die mittels der Urkunde zu erweisende Thatsache für erheblich, so ordnet es durch Beweisbeschluß die Erlassung eines Ersuchungsschreibens an. Der Beschluß kann, wie jeder Beweisbeschluß, nur nach mündlicher Verhandlung erlassen werden. Das Schreiben ist von Amtswegen zu expedieren. Es kann sogleich Termin zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmt werden. Hat die ersuchte Behörde die Urkunde bis dahin eingesandt, so wird verhandelt; außerdem kann vertagt oder ein Antrag nach Abs. 3 gestellt werden. Ist kein Termin bestimmt worden, so wird nach Eintreffen der Urkunde bzw. der Antwort der Behörde Termin von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht (arg. § 335 Abs. 2).

2. Abs. 2 betrifft Urkunden, welche nach reichs- oder landesgesetzlicher Vorschrift den Parteien ohne gerichtliche Mitwirkung verabfolgt werden, z. B. Notariatsurkunden, Auszüge aus Grund-, Hypotheken-, Lagerbüchern, aus Steuerkatastern, Urteilsausfertigungen, Abschriften von Prozeßakten (vgl. § 271) u. dgl. Vgl. dazu Bayer. AG. z. CPrO. Art. 3.

3. Verweigert die öffentliche Behörde oder der Beamte die Mitteilung der Urkunde, sei es, daß das Ersuchen abgelehnt oder daß es nicht beantwortet wird, so kann der Antragsteller den Weg der Beschwerde an die vorgesetzte Behörde beschreiten, wenn dieser Weg nach der Reichs- oder Landesgesetzgebung offen steht. Auch kann er nunmehr einen Antrag nach §§ 393, 395 stellen und die Editionsklage gegen die Behörde oder den Beamten, gestützt auf § 387, in einem gesonderten Prozesse betreiben. Ob ein Anspruch auf Urkundenherausgabe gegen die Behörde im Wege des Civilprozesses verfolgbar ist, ist eine Frage für sich.

4. GVG. § 169 bestimmt: „Die in einem Bundesstaate bestehenden Vorschriften über die Mitteilung von Akten einer öffentlichen Behörde an ein Gericht dieses Bundesstaates kommen auch dann zur Anwendung, wenn das ersuchende Gericht einem anderen Bundesstaate angehört."

5. Von Amtswegen kann das Gericht nicht beschließen, eine Behörde oder einen Beamten um die Mitteilung einer in deren Händen befindlichen Urkunde zu ersuchen. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 134.

§ 398.

Wird nach Erlassung eines Beweisbeschlusses über die in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen Beweis in Gemäßheit der §§ 393, 397 angetreten, so ist die Beweisantretung auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch das zur Herbeischaffung der Urkunden erforderliche Verfahren die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit den Beweis nicht früher angetreten hat.

Mot. S. 270. KPr. S. 160, 554.

Die Bemerkungen zu § 339 finden hierher entsprechende Anwendung. — Auch nach Zurückweisung der Beweisantretung kann die Urkunde benutzt werden, wenn sie vor dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, vorgelegt wird.

§ 399.

Wenn die Vorlegung einer Urkunde bei der mündlichen Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse nicht erfolgen kann oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgnis des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint, so kann das Prozeßgericht anordnen, daß die Vorlegung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gerichte geschehe.

Mot. S. 270. KPr. S. 160, 554.

1. Regel s. § 320; § 399 ist Ausnahme. — § 399 ist anwendbar auf Vorlegung von Urkunden seitens des Beweisführers (§ 385), seitens des Gegners (§ 386) und eines dritten (§§ 393, 397). Die Anregung zu der Anordnung kann von den Parteien oder dem dritten ausgehen. Die Anordnung erfolgt durch Beschluß nach mündlicher Verhandlung (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 320).

2. Erhebliche Hindernisse können z. B. bei Grundbüchern, kostbaren Archivurkunden, auch bei Handelsbüchern vorhanden sein. Art. 39 samt dem Art. 79 Abs. 2 des HGB. ist aufgehoben (EG. § 13 Nr. 2). Die Vorlegung der Handelsbücher und des Mäklertagebuchs steht unter der Regel des § 320, wenn nicht das Gericht die in § 399 vorgesehene Art der Vorlegung beschließt. Solcher Beschluß kann einerseits nicht bloß dann und muß andererseits nicht dann erlassen werden, wenn die Handelsbücher ꝛc. außerhalb des Gerichtsbezirks sich befinden.

3. Um dem Prozeßgericht die Beurteilung des Beweismittels zu ermöglichen, muß der beauftragte oder ersuchte Richter nicht bloß die Thatsache der Vorlegung, sondern auch die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde durch Aufnahme in das Protokoll oder durch Anlage (§ 146 Abs. 3) einer Abschrift der Urkunde zu dem Protokoll feststellen.

§ 400.

Eine öffentliche Urkunde kann in Urschrift oder in einer beglaubigten Abschrift, welche hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt, vorgelegt werden; das Gericht kann jedoch anordnen, daß der Beweisführer die Urschrift vorlege oder die Thatsachen angebe und glaubhaft mache, welche ihn an der Vorlegung der Urschrift verhindern. Bleibt die Anordnung erfolglos, so entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, welche Beweiskraft der beglaubigten Abschrift beizulegen sei.

Mot. S. 270, 271. KPr. S. 160, 553.

1. Die gesetzlichen Beweisregeln der §§ 380—383 gelten zunächst nur für die im Original vorgelegten Urkunden. Welche formelle und materielle Beweiskraft vorgelegten Abschriften zukomme, hat der Richter nach freiem Ermessen zu bestimmen. Diese Freiheit des richterlichen Ermessens ist nach § 400 beschränkt durch folgende Sätze: a) Von öffentlichen Urkunden gefertigte Abschriften, deren Übereinstimmung mit dem Originale von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form bezeugt ist (vgl. dazu Bem. Nr. 1 zu § 380), haben die gleiche gesetzliche Beweiskraft wie die Urschrift. b) Gegen die Richtigkeit des von der beglaubigenden Behörde oder Urkundsperson abgegebenen Zeugnisses der Übereinstimmung mit dem Original kann der

Gegner des Urkundenproduzenten Beweis führen (arg. § 383); aber das Gericht kann auch, ohne daß solcher Beweis angetreten oder geführt sein müßte, auf Antrag oder von Amtswegen [AM. v. Kries Ztschr. f. d. g. StrRW. VI S. 186 gegen die Mot.] anordnen, daß der Beweisführer entweder die Urschrift vorlege oder die Thatsachen angebe und glaubhaft mache, welche ihn an der Vorlegung der Urschrift verhindern. Die Anordnung erfolgt durch Beschluß. c) Wird die Urschrift vorgelegt, so ist diese jetzt Beweismittel. Werden Thatsachen glaubhaft gemacht, welche den Beweisführer an der Vorlage der Urschrift hindern (z. B. Untergang des Originals, Unauffindbarkeit desselben), so muß — und darin liegt die andere gesetzliche Beweisregel — das Gericht der beglaubigten Abschrift die nämliche Beweiskraft beilegen wie der Urschrift. Zu einem Beschlusse nach litt. c kann es nicht kommen, wenn die Thatsachen, welche die Vorlegung der Urschrift hindern, bereits glaubhaft gemacht oder gerichtsbekannt sind. In diesem Fall muß der Abschrift die gesetzliche Beweiskraft der Urschrift beigelegt werden. d) Bleibt jene Anordnung erfolglos, so ist das Gericht von den gesetzlichen Beweisregeln über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden entbunden; es tritt freie Beweiswürdigung ein [AM. v. Kries a. a. O. S. 188].

Auf öffentlich beglaubigte Abschriften von beglaubigten Abschriften öffentlicher Urkunden finden die Beweisregeln des § 400 nicht Anwendung. Sie unterliegen der freien Beweiswürdigung.

2. Alle nicht in § 400 genannten Abschriften, also alle beglaubigten oder nicht beglaubigten Abschriften von Privaturkunden und alle nicht öffentlich beglaubigten Abschriften von öffentlichen Urkunden, haben nicht die gesetzliche Beweiskraft der Urschrift. Die Frage, ob durch solche Abschrift bewiesen werden kann, daß die als Aussteller der Urschrift in Betracht kommende Person die betreffende Erklärung abgegeben hat, ist dem freien richterlichen Ermessen anheimgegeben. — Für in Archiven aufbewahrte Abschriften gilt nichts besonderes.

Das Exemplifikationsverfahren [Wetzell § 24 N. 98] kennt die CPrO. nicht. Die Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde (§ 231) deckt teilweise das Bedürfnis, dem jenes Verfahren zu dienen bestimmt war.

3. Besondere Vorschriften über teilweise Vorlegung der Urkunde für den Fall, daß der Inhalt nur zum Teile relevant ist, sind „im Interesse der Vermeidung kasuistischer Bestimmungen" (Mot. S. 271) nicht aufgenommen. Für Teile von Urkunden gelten daher die Beweisregeln der §§ 380—383, 400. Natürlich steht die materielle Beweiskraft von Urkundenauszügen immer wieder im freien richterlichen Ermessen. Vgl. noch HGB. Art. 38.

4. Wegen Übersetzung von Urkunden, die in fremder Sprache abgefaßt sind, s. § 133 Abs. 3 und Bem. Nr. 3 dazu.

§ 401.

Der Beweisführer kann nach erfolgter Vorlegung einer Urkunde nur mit Zustimmung des Gegners auf dieses Beweismittel verzichten.

Mot. S. 257. KPr. S. 160, 554.

Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 364. — Solange die Urkunde noch nicht in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht oder im Falle des § 399 vor dem beauftragten oder ersuchten Richter produziert ist, kann der Beweisführer ohne Zustimmung des Gegners auf die Benutzung derselben zum Beweise verzichten. Mitteilung der Urkunde im vorbereitenden Verfahren und Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei (§ 125) ist nicht Vorlegung im Sinne des § 401; das Gericht kann aber gemäß § 133 die Vorlegung von Amtswegen anordnen. — Natürlich kann der Gegner des Beweisführers bei Verzicht des letzteren auf eine Urkunde seinerseits Beweis durch dieselbe Urkunde antreten (vgl. § 388).

§ 402.

Urkunden, welche nach Form und Inhalt als von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person errichtet sich darstellen, haben die Vermutung der Echtheit für sich.

Das Gericht kann, wenn es die Echtheit für zweifelhaft hält, auch von Amtswegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen.

Mot. S. 271–273. KPr. S. 160, 554.

1. Voraussetzung für jede formelle und materielle Beweiskraft einer Urkunde ist die Echtheit (veritas instrumenti), d. i. die Thatsache, daß die Urkunde von demjenigen herrührt, von welchem sie nach den Behauptungen des Produzenten herrühren soll, und die Unverfälschtheit (bonitas instrumenti), d. i. die Thatsache, daß die Urkunde in ihrem ursprünglichen Bestand nicht verändert wurde. Vgl. Bem. Nr. 2 vor § 380. Über den Echtheitsbeweis giebt das Gesetz in §§ 402—408 Vorschriften. Über den Beweis der Unverfälschtheit bzw. Verfälschtheit enthält die CPrO. keine besonderen Vorschriften. Aus den allgemeinen Regeln über Beweislast folgt, daß derjenige, welcher behauptet, daß eine Urkunde in ihrem ursprünglichen Bestande verändert wurde, dies beweisen muß. Dies gilt gleichmäßig für öffentliche wie für Privaturkunden. Der Beweis kann durch alle Arten von Beweismitteln, insbesondere auch durch die Urkunde selbst geführt werden.

2. § 402 betrifft Urkunden, welche nach Form und Inhalt als von einer inländischen öffentlichen Behörde oder Urkundsperson errichtet sich darstellen (§§ 380, 382, 383). Welche Form für die öffentliche Urkunde (ob Siegelung, Unterschrift des Beamten oder der Urkundsperson ꝛc.) vorgeschrieben ist, bemißt sich nach den einschlägigen Reichs- oder Landesgesetzen. Nicht bloß die Form, sondern auch der Inhalt muß ersehen lassen, daß die Urkunde von einer öffentlichen Behörde oder Urkundsperson herrührt. Es kann die Form einer öffentlichen Urkunde vorhanden sein, während der Inhalt ersehen läßt, daß die Urkunde nicht von einer Behörde oder Urkundsperson gefertigt ist. Dagegen ist die Anwendung des § 402 nicht bedingt durch Prüfung der Zuständigkeit der Behörde oder Urkundsperson. — Durch RG. v. 1. Mai 1878 (RGBl. S. 89) ist bestimmt, daß inländische öffentliche Urkunden zum Gebrauch im Inland, das ist innerhalb des Deutschen Reichs, keiner Beglaubigung (Legalisation) bedürfen. [Über dieses Gesetz s. Hauser Ztschr. f. R. u. LR. IV S. 309 ff.]

3. Die in Bem. Nr. 2 bezeichneten Urkunden haben die Vermutung der Echtheit für sich, d. h. wenn der Gegner des Beweisführers die Echtheit bestreitet, so hat nicht der Beweisführer die Echtheit, sondern der Gegner die Unechtheit zu erweisen. § 402 bestimmt nicht, daß der Richter die Echtheit der bezeichneten Urkunden auf Grund ihrer Eigenschaft als öffentliche Urkunden als erwiesen annehmen müsse, sondern enthält eine Vorschrift über die Beweislast. Diese Vorschrift führt allerdings in dem Falle, daß der Gegner den Beweis der Unechtheit nicht erbringt, praktisch zu dem gleichen Ergebnis, wie wenn eine Beweisregel über das Erwiesensein der Echtheit aufgestellt wäre. Der Unterschied ist aber wegen § 411 von Bedeutung. Wäre die Beweisregel aufgestellt, daß der Richter die Echtheit als erwiesen annehmen müsse, so würde Gegenbeweis durch Eideszuschiebung gemäß § 411 ausgeschlossen sein. Da aber § 402 nur die Beweislast reguliert, so ist die Eideszuschiebung zum Beweise der Unechtheit zulässig. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 411.

Zur Bestreitung der Echtheit bedarf es keines Diffessionseides.

4. Das Gericht kann sowohl auf Parteiantrag wie auch von Amtswegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet worden sein soll, zu einer Erklärung über

die Echtheit veranlassen, falls ihm die Echtheit zweifelhaft ist. Diese Befugnis hat das Gericht, auch wenn die Echtheit noch nicht bestritten ist [vgl. Struckm. Koch 2, Wilm. Levy N. 3, A. Förster N. 2, Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 20]; natürlich wird davon zumeist erst nach Bestreitung der Echtheit Gebrauch gemacht werden. Der Beschluß, daß eine Erklärung der Behörde ꝛc. einzuholen sei, kann nur nach mündlicher Verhandlung erlassen werden, ist daher nicht durch Beschwerde anfechtbar. Auf Grund des Beschlusses ist von Amtswegen durch die Gerichtsschreiberei ein Schreiben an die Behörde ꝛc. zu expedieren. Das Verfahren wird nicht ausgesetzt, aber die Verhandlung vertagt. Die Erklärung, welche von der Behörde ꝛc. abgegeben wird, kann von beiden Parteien benutzt werden. An der Beweislast wird durch einen derartigen Beschluß nichts geändert.

§ 403.

Ob eine Urkunde, welche als von einer ausländischen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet sich darstellt, ohne näheren Nachweis als echt anzusehen sei, hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen.

Zum Beweise der Echtheit einer solchen Urkunde genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs.

Mot. S. 271–273. KPr. S. 160, 554.

1. Zu Abs. 1: Auf ausländische öffentliche Urkunden ist § 402 nicht anwendbar, weil „die äußeren Merkmale der Echtheit und die hierauf sich beziehenden Einrichtungen des Auslandes dem inländischen Richter nicht immer bekannt sein werden" (Mot. S. 271). Gemäß § 403 kann jedoch das Gericht auch ausländische öffentliche Urkunden ohne näheren Nachweis als echt ansehen und von dem Gegner des Beweisführers den Beweis der Unechtheit fordern. Das Gericht hat sonach hier freie Disposition über die Beweislast bezüglich der Echtheit.

2. Zu Abs. 2: Vgl. RG. v. 1. Mai 1878 (RGBl. S. 89): „Zur Annahme der Echtheit einer Urkunde, welche als von einer ausländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes aufgenommen oder ausgestellt sich darstellt, genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs." [Über dieses Gesetz s. Hauser Ztschr. f. R. u. LR. IV S. 309 ff.] Legalisation ist Bezeugung der Echtheit. Die Legalisation einer ausländischen öffentlichen Urkunde durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs bewirkt, daß für die ausländische Urkunde die Vermutung der Echtheit gilt, wie nach § 402 für die inländische. Der Beweis der Unechtheit ist zulässig. [So auch Struckm. Koch N. 3, Gaupp II S. 368. AM. Wilm. Levy N. 2 zu § 403. Aber sollte die legalisierte ausländische Urkunde vor der inländischen öffentlichen U. privilegiert sein?] Wegen der Beweiskraft der ausländischen öffentlichen Urkunde, deren Echtheit feststeht, s. Bem. Nr. 1 zu § 380.

Wegen Legalisation durch Konsuln s. § 14 des BG. v. 8. Nov. 1867 (BGBl. S. 137) und § 12 Abs. 2 des RG. v. 1. Juli 1879 über Konsulargerichtsbarkeit (RGBl. S. 197). Legalisation durch Gesandte von Bundesstaaten hat nicht die Wirkung der Legalisation durch Konsuln [Hauser a. a. O. S. 314], kann jedoch zum Echtheitsbeweise verwendet werden.

3. Zwischen dem Deutschen Reich und Oesterreich-Ungarn bestehen Verträge wegen Beglaubigung der von öffentlichen Behörden ausgestellten und beglaubigten Urkunden v. 25. Februar 1880 (RGBl. 1881 S. 4) und 13. Juni 1881 (RGBl. S. 253); dazu die Bekanntmachungen v. 2. Febr. u. 3. Aug. 1881 (RGBl. S. 8 u. S. 253 u. 255). Durch diese Verträge sind übrigens die deutschen Gerichte in der ihnen durch CPrO. § 403 Abs. 1 eingeräumten Freiheit des Ermessens nicht beschränkt.

§ 404.

Über die Echtheit einer Privaturkunde hat sich der Gegner des Beweisführers nach Vorschrift des § 129 zu erklären.

Befindet sich unter der Urkunde eine Namensunterschrift, so ist die Erklärung auf die Echtheit der Unterschrift zu richten.

Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt anzusehen, wenn nicht die Absicht, die Echtheit bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Mot. S. 271, 272. KPr. S. 160, 554.

1. In der Vorlegung einer nicht als Abschrift bezeichneten Urkunde liegt implicite die Behauptung des Beweisführers, daß die Urkunde von der als Aussteller genannten Persönlichkeit herrühre, d. i. die Behauptung der Echtheit. Diese Behauptung kann der Gegner, wenn die Urkunde eine Privaturkunde ist, durch Bestreiten beweisbedürftig machen. Anders steht es bei den nach § 402 qualifizierten öffentlichen Urkunden; die Bestreitung der Echtheit macht die Echtheit dieser Urkunden nicht beweisbedürftig. — Eine prozessualische Pflicht, sich auf die Echtheit zu erklären, kann aus § 404 sowenig gefolgert werden, wie aus § 129 die Erklärungspflicht bezüglich sonstiger Thatsachen [vgl. Bem. Nr. 1 zu § 129]. Aus § 404 Abs. 1 und 3 geht nur hervor, daß der Gegner durch Bestreiten der Echtheit jeder Privaturkunde den Produzenten zum Beweise der Echtheit nötigen kann und daß es dieses Beweises nicht bedarf, wenn der Gegner von dem Bestreitungsrechte bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, keinen Gebrauch gemacht hat. [So Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 34 ff. AM. Wach Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VII S. 162 ff.; auch RG. 23. Okt. 1880 Entsch. I Nr. 120 S. 416 spricht von Erklärungspflicht].

2. Über die Frage, wie ordnungsmäßiges Bestreiten erfolgt, vgl. Bem. Nr. 2 zu § 129. Aus den dort entwickelten Sätzen ergiebt sich für das Bestreiten der Echtheit: wenn die Urkunde nach Angabe des Beweisführers von dem Gegner selbst ausgestellt worden sein soll, so ist dessen Erklärung, nicht zu wissen, ob er die Urkunde ausgestellt habe, kein ordnungsmäßiges Bestreiten und macht daher die Echtheit nicht beweisbedürftig. Wenn dagegen die Urkunde von einem dritten herrühren soll, so kann der Gegner mittels der Erklärung, daß er nicht wisse, ob die Urkunde von dem angeblichen Aussteller herrühre, die Echtheit der Urkunde beweisbedürftig machen. Die Erklärung mit Nichtwissen genügt auch, wenn die Urkunde von einem Rechtsvorgänger oder Vertreter der Partei ausgestellt sein soll.

Durch Abs. 2 des § 404 ist dann für unterschriebene Privaturkunden (über den Begriff der Unterschrift s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 381) die weitere Vorschrift aufgestellt, daß die Bestreitung der Echtheit sich gegen die Echtheit der Unterschrift richten muß, um ordnungsmäßig zu sein. Dies hängt mit § 405 Abs. 2 zusammen. Andererseits genügt aber auch das Bestreiten der Unterschrift, um die Echtheit beweisbedürftig zu machen. Ist die Urkunde nicht unterschrieben, so ist die Bestreitung gegen die Echtheit des Textes zu richten. Letzteres gilt auch für die mit Handzeichen unterzeichneten Urkunden (vgl. nordd. Prot. S. 979).

Die gemeinrechtlichen Normen über Diffessionseid [s. Wetzell § 24 bei N. 84 ff.] sind beseitigt.

3. Im amtsgerichtlichen Verfahren ist die spezielle Aufforderung seitens des Gerichts zur Erklärung über die Urkunde erforderlich (§ 468); im landgerichtlichen Verfahren nicht. — Auch wenn die Urkundenproduktion vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfindet, tritt die Präklusion der Bestreitungsbefugnis erst mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht, nicht schon mit dem Schlusse des Produktionstermins ein. —

In der Berufungsinstanz kann nach § 493 die in erster Instanz unterbliebene Bestreitung der Echtheit einer Urkunde nachgeholt werden.

Von dem Nichtbestrittenwerden der Echtheit wohl zu unterscheiden ist das in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht oder zum Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters erklärte sog. Anerkenntnis der Urkunde, d. i. gerichtliches Geständnis der Echtheit. Für dieses gerichtliche Geständnis gelten die Regeln der §§ 261—263. Dasselbe ist Verzicht auf die Befugnis, die Echtheit zu bestreiten. Der Widerruf ist nur unter den Voraussetzungen des § 263 gestattet. Das Geständnis behält seine Wirksamkeit auch in der Berufungsinstanz (§ 494).

Außergerichtliches Anerkenntnis der Urkunde ist außergerichtliches Geständnis der Echtheit. Dazu gehört auch Anerkenntnis in einem vorbereitenden Schriftsatze. Ein solches Anerkenntnis hindert nicht die Bestreitung der Echtheit im Prozesse, sondern ist nur Beweisgrund. Vgl. Bem. Nr. 5 zu § 255.

4. Die Folgen der unterbliebenen Erklärung (§ 404 Abs. 3) treten nicht ein im Eheprozeß (§ 577 Abs. 1), im Entmündigungsverfahren (§§ 611, 624, 626) und in dem Verfahren betreffs der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (vgl. Bem. Nr. 8 zu § 261) [Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 410.].

§ 405.

Die Echtheit einer nicht anerkannten Privaturkunde ist zu beweisen.

Steht die Echtheit der Namensunterschrift fest oder ist das unter einer Urkunde befindliche Handzeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt, so hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich.

Mot. S. 271—273. KPr. S. 160, 554.

1. Wird die Echtheit einer Urkunde bestritten, so liegt ein Zwischenstreit vor, der entweder durch Zwischenurteil (s. Bem. Nr. 4 zu § 275) oder in den Entscheidungsgründen des Endurteils zu entscheiden ist. Über die Beweislast bei öffentlichen Urkunden s. §§ 402 und 403 nebst den Bemerkungen. Bei Privaturkunden trifft den Produzenten die Pflicht, die Echtheit zu beweisen. Der Beweis der Echtheit kann durch alle Arten von Beweismitteln geführt werden, auch durch Eideszuschiebung, wenn sie nach § 410 zulässig ist. Zurückschiebung ist unter den Voraussetzungen der §§ 413, 414 gestattet. Die Auferlegung des Eides erfolgt nach § 426 Abs. 1. — Auch richterlicher Eid kann auferlegt werden; vgl. Bem. Nr. 1 litt. d zu § 439.

2. Abs. 2 enthält eine Bestimmung über die Beweislast. Steht die Echtheit der Namensunterschrift (über den Begriff „Unterschrift" s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 381) sei es durch Geständnis sei es durch Beweisführung fest, oder ist die Urkunde mit einem gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichen versehen, dann hat das, was über der Unterschrift oder dem Handzeichen steht, die Vermutung der Echtheit für sich, d. h. der Gegner des Produzenten hat den Beweis zu führen, daß der Text durch Mißbrauch eines Blanketts zu Stande gekommen oder gefälscht sei. Der Beweis kann durch alle Arten von Beweismitteln, auch durch Eideszuschiebung geführt werden. — Die Vermutung erstreckt sich nicht auf Durchstreichungen radierte Stellen und Einschaltungen.

3. Die Motive erwähnen (S. 272) als „selbstverständlich, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Nachweises eines Mißbrauchs der Unterschrift — z. B. pr. ALR. I 13 § 113 — unberührt bleiben."

§ 406.

Der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann auch durch Schriftvergleichung geführt werden.

In diesem Falle hat der Beweisführer zur Vergleichung geeignete Schriften vorzulegen oder deren Mitteilung in Gemäßheit der Bestimmung des § 397 zu beantragen und erforderlichenfalls den Beweis der Echtheit derselben anzutreten.

Befinden sich zur Vergleichung geeignete Schriften in den Händen des Gegners, so ist dieser auf Antrag des Beweisführers zur Vorlegung verpflichtet. Die Bestimmungen der §§ 386—391 finden entsprechende Anwendung. Kommt der Gegner der Anordnung, die zur Vergleichung geeigneten Schriften vorzulegen oder den im § 391 bestimmten Eid zu leisten, nicht nach, so gilt der Echtheitsbeweis als geführt.

Macht der Beweisführer glaubhaft, daß in den Händen eines dritten geeignete Vergleichungsschriften sich befinden, deren Vorlegung er im Wege der Klage zu erwirken im Stande sei, so finden die Vorschriften des § 396 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 272, 273. KPr. S. 160, 554. **Vgl. StrPrO. § 93.**

1. Die Schriftvergleichung (comparatio litterarum) besteht in der Vergleichung der bestrittenen Urkunde mit anderen von dem angeblichen Aussteller herrührenden Schriftstücken. Der Beweis mittels Schriftvergleichung kann von dem Produzenten der Urkunde zum Zwecke des Nachweises der Echtheit wie auch von dessen Gegner zum Zwecke des Nachweises der Unechtheit unternommen werden. Der Gegner kann auch dann, wenn der Produzent sich der Zuschiebung des Eides zum Zwecke des Echtheitsbeweises bedient, den Beweis der Unechtheit durch Schriftvergleichung führen.

2. Befinden sich zur Vergleichung geeignete Schriften im Besitze des Beweisführers, so geschieht die Beweisantretung durch deren Vorlegung; befinden sich solche Schriften im Besitze einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, so kann Antrag nach § 397 zur Beischaffung derselben gestellt werden.

Befinden sich zur Vergleichung geeignete Schriften im Besitze des Gegners, so kann deren Herausgabe verlangt werden, wenn ein Editionsantrag aus § 387 oder § 388 sich begründen läßt. Die Beweisantretung und das Editionsverfahren richtet sich nach den Bestimmungen der §§ 386—391. Für den Fall des Ungehorsams gegen die nach § 390 erlassene Anordnung, die zur Vergleichung geeigneten Schriften vorzulegen, sowie für den Fall der Verweigerung des Editionseides (§ 391) bestimmt § 406 Abs. 3, daß das Gericht den Echtheitsbeweis als geführt annehmen muß. Dieses Präjudiz steht nicht im Einklang mit dem Präjudiz des § 392. In dem (dem § 392 entsprechenden) § 379 des Entwurfs stand ein Präjudiz, mit welchem das des § 406 harmonierte (s. Bem. Nr. 1 zu § 392). Das Präjudiz des § 392 wurde in der JK. d. RT. abgeschwächt, ohne daß man den Abs. 3 des § 406 entsprechend änderte. Übrigens ist die Fassung des § 406 Abs. 3 mangelhaft. Dieselbe deckt nicht den Fall, daß der Gegner des Produzenten zum Zwecke des Beweises der Unechtheit die Herausgabe eines zur Schriftvergleichung geeigneten Schriftstücks von dem editionspflichtigen Produzenten der Haupturkunde verlangt und letzterer die Vorlegung oder den Editionseid verweigert. In diesem Fall kann nicht die Echtheit, sondern nur die Unechtheit der Haupturkunde als erwiesen gelten.

3. Der Abs. 4 behandelt den Fall, wenn sich die zur Schriftvergleichung geeignete Urkunde in den Händen eines dritten befindet, entsprechend dem § 396. Die Verpflichtung des dritten zur Vorlegung ist nach § 394 zu beurteilen.

4. Wird die Echtheit der zur Vergleichung vorgelegten oder beigeschafften Schriften bestritten [darüber vgl. RG. 25. Febr. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1103], so hat der Beweisführer diese Echtheit zu erweisen. Entspricht die zur Vergleichung herangezogene Urkunde dem § 402, so greift die Vermutung der Echtheit ein.

5. Der Aussteller der Urkunde kann, auch wenn derselbe Partei ist, nicht angehalten werden, zum Zwecke der Herstellung eines Vergleichungsstückes eigenhändig etwas zu schreiben. In den Mot. S. 273 ist ausdrücklich bemerkt, daß das Gesetz eine solche Prozedur nicht wolle, weil dieselbe erfahrungsgemäß kein Ergebnis von praktischem Werte liefere.

§ 407.

Über das Ergebnis der Schriftvergleichung hat das Gericht nach freier Überzeugung, geeignetenfalls nach Anhörung von Sachverständigen zu entscheiden.

Mot. S. 273. KPr. S. 160, 554.

Die Motive bemerken: „Der § 407 bestimmt ein Doppeltes, zunächst, daß das Gericht nicht verpflichtet ist, Sachverständige zur Schriftvergleichung beizuziehen, sodann, daß das Gericht das Ergebnis der Schriftvergleichung frei würdigt. Das Gericht kann daher auf Grund der Schriftvergleichung die Echtheit als erwiesen annehmen, ohne verpflichtet zu sein, noch auf einen Ergänzungseid zu erkennen."

Natürlich kann auch ein richterlicher Eid dem Beweisführer wie dem Gegner auferlegt werden.

Das Gericht kann auch die Unechtheit als erwiesen annehmen.

§ 408.

Urkunden, deren Echtheit bestritten ist oder deren Inhalt verändert sein soll, werden bis zur Erledigung des Rechtsstreits auf der Gerichtsschreiberei verwahrt, sofern nicht ihre Auslieferung an eine andere Behörde im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist.

KPr. S. 160, 554.

1. Die Vorschrift des § 408 beugt der Veränderung oder Beseitigung der verdächtigen Urkunde vor. Paraphierung der Urkunden (vgl. code de proc. art. 227) ist nicht vorgeschrieben.

2. Auslieferung an eine andere Behörde während des Rechtsstreits im Interesse der öffentlichen Ordnung kann erforderlich sein zur strafrechtlichen Untersuchung (wegen der Aussetzungsbefugnis für diesen Fall s. § 140), zur Disziplinaruntersuchung, zur Berichtigung, zur Einregistrierung ꝛc.

§ 409.

Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, deren Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.

Mot. S. 273, 274. KPr. S. 160, 554.

1. Ähnlich das gemeine Recht: l. 20 C. de prob. 4, 19; l. 2 § 1 D. de I. F. 49, 14. Vgl. Wetzell § 24 N. 99, Briegleb verm. Abhandl. 1 S. 96 ff.

2. Bewiesen muß sein: a) daß die Urkunde von der Partei in dem betreffenden Prozesse hätte benutzt werden können; gleichviel ist, ob die Urkunde sich in den Händen der Partei, des Gegners oder eines dritten befindet, wenn sie nur durch Editionsantrag oder -klage erreichbar wäre; b) daß die Urkunde von der anderen Partei beseitigt oder — z. B. durch Zerreißen, Beschmutzen — untauglich zur Benutzung gemacht wurde; c) daß die Beseitigung oder Untauglichmachung in der Absicht geschah, die Benutzung dem Gegner zu entziehen. Kulpose Beseitigung der Urkunde genügt nicht. Ob die Beseitigung vor dem Prozesse oder während des Prozesses geschah, ist einerlei. Sind diese Thatsachen erwiesen, dann kann das Gericht die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit (ob öffentliche oder Privaturkunde ꝛc.) und den Inhalt der Urkunde als erwiesen annehmen. Ob sich auf Grund dieser Annahme der Beweis der Thatsache ergiebt, welche die Partei durch die Urkunde hat beweisen wollen, ist eine Frage für sich (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 392). Zur Ergänzung oder Beseitigung des Beweises ist richterlicher Eid möglich.

3. Strafbestimmungen wegen Vernichtung ꝛc. von Urkunden s. StGB. § 274 Nr. 1.

4. Bestimmungen des materiellen Rechts, welche gegen denjenigen, der eine Urkunde dolos oder kulpos beseitigt, zerstört oder beschädigt, einen Anspruch auf Leistung des Interesses gewähren — vgl. z. B. l. 6 § 4, l. 8, l. 10 § 3 D. de edendo 2, 13; l. 40—42 D. ad leg. Aquil. 9, 2; l. 27—32, l. 84 § 3 D. de furt. 47, 2; l. 10 D. de in lit. iur. 12, 3; l. 4 C. ad exhib. 3, 42 — sind durch § 409 nicht beseitigt.

Zehnter Titel.

Beweis durch Eid.

Die §§ 410—436 handeln von dem zugeschobenen, die §§ 437—439 von dem richterlichen Eid.

Die zeugeneidliche Vernehmung der Parteien — eingeführt zuerst in England durch die County Court Act. 9 et 10, Vict. c. 95 für das Verfahren vor den County Courts, ausgedehnt durch Stat. 14 et 15 Vict. c. 99 auf einzelne vor den höheren Gerichtshöfen anhängig zu machende Prozesse, eingeführt in Österreich durch Gesetz v. 27. April 1873 für das Verfahren in Bagatellsachen, lebhaft befürwortet durch Glaser ges. kleinere Schriften über Strafrecht, Civil- und Strafproz. II S. 449 ff., v. Bar Recht und Beweis S. 149 bis 161 und Gutachten in den Verh. d. 8. D. Jur.-Tags I S. 12 ff., Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 23 Note u. S. 31; bekämpft von Schmitt in den Verh. d. 8. D. Jur.-Tags I S. 39 ff., Osterloh Gutachten ü. d. nordd. Entw. S. 117 ff., Wach Kr. VJSchr. XIV S. 365 ff., Vortr. S. 162 ff. — fand keine Aufnahme in das Gesetz. Vgl. Verh. d. 8. D. Jur.-Tags II S. 254—317, 326—329; nordd. Prot. II S. 996, 997; Begr. d. Entw. III S. 274, 275; KPr. S. 161—167; Komm.-Ber. v. 19. Okt. 1876 S. 5 f.; v. Canstein die rationellen Grundlagen ꝛc. S. 45 ff.; v. Harrasowsky die Parteienvernehmung und der Parteieneid (Wien 1876).

§ 410.

Die Eideszuschiebung ist nur über Thatsachen zulässig, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind.

Mot. S. 274—277. KPr. S. 161—167, 554.

1. Das röm. ius iurandum in iure delatum, der Schiedseid über das Recht, ist in das deutsche Prozeßrecht nicht übergegangen. [Vgl. Wetzell § 27 bei N. 26 ff., v. Savigny Syst. VII S. 86, Demelius Schiedseid und Beweiseid im röm. CPr. S. 9]. Die Eideszuschiebung über Thatsachen findet sich wie im früheren deutschen Prozeßrecht, so auch in der CPrO. Das Gesetz nennt diesen Eid (Schiedseid, Haupteid, serment décisoire) Beweismittel. [Vgl. Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 257, 299 ff., Birkmeyer in v. Holtzendorffs Rechtslex. III S. 545. Gegen Zurechnung zu den Beweismitteln: Wach Vortr. S. 177, Wendt Arch. f. c. Pr. LXIII S. 270 ff. Vgl. a. v. Canstein Zeitschr. f. d. CPr. II S. 308, 312 ff. Rechtsphilosophische Betrachtungen über Eidesdelation: Schuppe Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 233 ff.]

2. Die Eideszuschiebung ist zulässig über positive und negative Thatsachen. Sie ist wie nach früherem Recht zulässig auch über sog. innere Thatsachen (vgl. Mot. S. 276, wo bona und mala fides als Beispiele angeführt sind und Bem. Nr. 4 ad a und c). Gleichgültig ist, ob die Thatsachen für die Entscheidung unmittelbar oder nur mittelbar erheblich sind (Mot. S. 276 f., norbd. Prot. II S. 1004 f.).

3. Im Gegensatz zu Thatsachen treten: a) Objektives Recht. Über die Existenz von Rechtsnormen ohne Unterschied der Rechtsquellen ist Eideszuschiebung unzulässig (vgl. Bem. Nr. 2 s. f. zu § 265). b) Subjektives Recht. Über das Bestehen von Rechtsverhältnissen — z. B. Eigentum, Servitut, Pfandrecht, Forderung ꝛc. — und über das Bestehen von Ansprüchen kann der Eid nicht zugeschoben werden. c) Rechtsbegriffe, d. s. juristisch-technische Bezeichnungen für bestimmte Thatbestände — z. B. Verjährung, Ersitzung, Vertragsabschluß, Verzug, Verschulden, höhere Gewalt ꝛc. Über solche Begriffe kann kein Eid zugeschoben werden, vielmehr sind dieselben in ihre thatsächliche Elemente aufzulösen. [Vgl. die Entsch. in SA. II Nr. 229, 230, VI 79, VIII 184, IX 105, XI 121, XII 211, XVII 177, XVIII 252.] Doch giebt es Rechtsbegriffe, z. B. Kauf, Miete, Zahlung, Darlehen ꝛc. die so gemeinverständlich sind, daß es unter Umständen unbedenklich erscheint, dieselben zur Bezeichnung der zu beschwörenden Thatsachen bei der Eideszuschiebung und in der Eidesnorm zu verwenden. Der Richter hat mit Rücksicht auf den einzelnen Fall zu ermessen, ob der Rechtsbegriff sich zur Aufnahme in die Eidesnorm eignet (KPr. S. 167). Sind die Begriffe gemeinverständlich und nicht einzelne Elemente derselben bestritten, so ist die Aufnahme des Begriffs in den Eid unbedenklich. [Vgl. RG. 26. Okt. 1881 Entsch. VII Nr. 1 S. 2, bay. o. LG. SA. XXXVII Nr. 266.] d) Begriffe, welche ein fachmännisches Urteil involvieren. Daher ist nicht zulässig die Eideszuschiebung über den Wert einer Sache, über die Angemessenheit einer Vergütung, über die Probemäßigkeit einer Ware u. dgl. [Vgl. die Entscheidungen in SA. I Nr. 141, 292, IV 263, 266, V 154, IX 104, XIV 76, XVI 161, 163, XVIII 278, XIX 276, XXI 88, XXIII 185, XXXI 290, RG. 26. Okt. 1881 Entsch. VII Nr. 1 S. 2, 12. Nov. 1884 Entsch. XV Nr. 87, Nr. 86 S. 336 ff. In den cit. Entsch. neigt sich das RG. bezüglich des Eides über den Wert einer Sache einer laxeren Behandlung zu, indem es die Zuschiebung zuläßt, wenn der Delat imstande ist, den Wert zu erkennen. Dagegen spricht, daß der Wert nicht eine wahrnehmbare, sondern eine erst durch vergleichendes Urteil zu ermittelnde Eigenschaft einer Sache ist. Bei wahrnehmbaren Thatsachen kommt die Wahrnehmungsfähigkeit des Delaten in Frage (s. Bem. Nr. 4 ad b und d), aber daß die Partei durch Eideszuschiebung die Urteilsfähigkeit des Gegners in Anspruch nehmen könnte, steht wohl nicht im Einklang mit der Entwickelung des Eidesrechts.]

4. Nicht über alle Thatsachen kann der Eid zugeschoben werden, sondern nur über solche, welche a) eigene (persönliche) Handlungen des Gegners oder b) Gegenstand eigener Wahrnehmung des Gegners oder c) eigene (persönliche) Handlungen eines Rechtsvorgängers

oder Vertreters des Gegners oder d) Gegenstand eigener Wahrnehmung eines Rechtsvorgängers oder Vertreters des Gegners sind.

Ad a und c. Unter Handlung ist nicht bloß die in äußerliche Erscheinung tretende, auf körperlicher Bewegung beruhende, sondern auch die nicht äußerlich in Erscheinung tretende mittels der Denk- und Sinnesorgane sich vollziehende menschliche Thätigkeit — das Gesehen-, Gehört-, Gewußt-, Beabsichtigthaben — zu verstehen. Zwar ist nicht zu verkennen, daß diese Auslegung dem Ausdruck „Handlung" einige Gewalt anthut; aber die geschichtliche Entwickelung des Eidesrechts in Deutschland und die in Bem. Nr. 2 cit. Äußerung der Motive, daß Eideszuschiebung auch über „innere" Thatsachen zulässig sei, drängen dazu. Die große Mehrzahl der Schriftsteller [z. B. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 380, Petersen S. 633, v. Bülow S. 316, Endemann II S. 313, Hellmann Lehrb. S. 575, Fitting Lehrb. S. 194; vgl. a. Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 151 f., XXX S. 217, Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 97 f.] sowie die Rechtsprechung [vgl. RG. 4. Febr. 1381 Entsch. III Nr. 126 S. 430, 9. Dez. 1882 X Nr. 96 S. 324, 4. März 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1107 ff.] lassen die Eideszuschiebung über solche innere Vorgänge zu. [Dagegen Rocholl Rechtsfälle I S. 155, Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 728, Siebenhaar S. 432, A. Förster N. 2]. Von der Thatsache des Gesehen-, Gehört-, Gewußt-, Beabsichtigthabens als thema probandum ist wohl zu unterscheiden die Thatsache, welche Objekt des Sehens, Hörens, Wissens ist. Z. B. es ist in einem Prozesse zu erweisen, daß der eingeklagte Wechsel von einem dritten gefälscht ist und daß der Kläger dies wußte. Oder: es ist zu erweisen, daß ein dritter bei einer Rechtshandlung die Absicht hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen und daß der Prozeßgegner dies wußte, oder daß ein dritter seine Zahlungen eingestellt hatte und daß dem Prozeßgegner dies bekannt war. Über die Thatsache, welche Objekt der Wahrnehmung gewesen sein soll — also in den angeführten Beispielen über die Fälschungshandlung des dritten, die Absicht des dritten bei der Veräußerung, die Zahlungseinstellung des dritten — kann der Eid nur zugeschoben werden, wenn sie vom Delaten wahrgenommen werden mußte oder wenn der dritte Rechtsvorgänger des Delaten war.

Ad b und d: Die Eideszuschiebung ist auch über Thatsachen zulässig, bei denen der Gegner, sein Rechtsvorgänger oder Vertreter nicht als handelndes Subjekt in Betracht kommt, die aber, wenn sie sich ereignet haben, von dem Gegner, seinem Rechtsvorgänger oder Vertreter wahrgenommen werden mußten. Daher ist z. B. die Eideszuschiebung über jemandens Tod zulässig, wenn die Thatsache des Todes von dem Delaten wahrgenommen worden sein muß; unzulässig dagegen ist die Eideszuschiebung über den Tod eines Verschollenen [vgl. RG. 2. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 44 S. 173]; daher ist zulässig die Eideszuschiebung über das Vorhandengewesensein eines Mangels der Ware, wenn der Mangel vom Delaten wahrgenommen werden mußte; unzulässig dagegen die Eideszuschiebung über einen Mangel, bei dem diese Voraussetzung nicht zutrifft. Ob die Thatsache unmittelbar wahrgenommen werden mußte, ist eine nach den Umständen des Falls zu beurteilende Frage. Es ist nicht immer nötig, daß der Eidesantrag über solche Thatsachen durch Anführung der Umstände begründet werde, durch welche die Thatsachen dem Delaten bekannt geworden sind [vgl. RG. 4. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 126 S. 432, 9. Dez. 1882 X Nr. 96 S. 324]. Sind zur Wahrnehmung vergangener Thatsachen besondere Fachkenntnisse — z. B. Warenkunde zur Wahrnehmung der Qualität einer nicht mehr vorhandenen Ware — nötig, so ist die Eideszuschiebung nur statthaft, wenn der Delat die entsprechende Wahrnehmungsfähigkeit besitzt, was zu beurteilen im Ermessen des Gerichts steht. [So auch Struckm. Koch N. 1 Abs. 4, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 380, RG. 26. Okt. 1881 Entsch. VII Nr. 1 S. 3; vgl. a. RG. 12. Nov. 1884 XV Nr. 87 S. 337.]

Ad c und d: Die Begriffe Rechtsvorgänger und Vertreter sind aus dem materiellen Recht zu interpretieren. α) Rechtsvorgänger ist derjenige, zu welchem der Delat in dem Verhältnis eines Gesamt- oder Sondernachfolgers in Recht oder Verpflichtung steht. Zwar scheint der Ausdruck Rechtsvorgänger nur auf Nachfolge im Recht zu passen; aber derselbe ist gewiß auch vom Vorgänger in der Verpflichtung zu verstehen. Auch die sog. konstitutive Succession — z. B. Begründung eines Pfandrechts — gehört hierher [vgl. RG. 24. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 96 S. 370]. Keine Rechtsnachfolge besteht zwischen dem Indossanten und dem Indossatar eines Wechsels [ROHG. 21. Juni 1878 Entsch. XXIV S. 3], es wäre denn das Indossament ein Nachindossament nach WO. Art. 16 Abs. 2 [ROHG. 2. Jan. und 30. Okt. 1877 Entsch. XXI S. 274, XXIII S. 352 f.] oder der Indossatar bloßer Mandatar des Indossanten [RG. 7. März 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1107]. Die Nachfolge in Recht oder Pflicht muß der Grund sein, aus welchem die betreffende Thatsache für den Prozeß erheblich wird. Daher ist z. B. die Eideszuschiebung an den Erben über Handlungen des Erblassers nur zulässig, wenn der erstere in seiner Eigenschaft als Erbe klagt oder verklagt wird. Eben deswegen ist die Eideszuschiebung des Anfechtungsklägers an den Anfechtungsbeklagten über Handlungen des Schuldners, z. B. dessen fraudulöses Vorgehen, Zahlungseinstellung, unzulässig (vgl. das ad a und c cit. U. d. RG. Entsch. III S. 430); denn der Anfechtungsbeklagte haftet nicht als Successor des Schuldners, sondern die Anfechtungsschuld ist in seiner Person entstanden [vgl. Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 728, A. Förster N. 3 Abs. 2. AM. RG. 24. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 96 S. 369 ff.]. β) Vertreter ist derjenige, welcher kraft einer auf Gesetz, Amt, Vollmacht oder Genehmigung beruhenden Befugnis für den Vertretenen Rechtshandlungen mit der Wirkung vornimmt, daß daraus der Vertretene dritten gegenüber berechtigt oder verpflichtet wird. Auch der Bote als Vertreter in der Abgabe der Willenserklärung gehört dazu. Kein Vertreter ist, wer als Kommissionär auf fremde Rechnung aber im eigenen Namen Rechtsgeschäfte abschließt, denn der Kommittent wird nicht dem dritten gegenüber berechtigt oder verpflichtet. Hat jemand im eigenen Namen Geschäfte abgeschlossen und ein anderer seine Rechte oder Verbindlichkeiten übernommen, so liegt Rechtsnachfolge, nicht Vertretung vor. Kein Vertretungsverhältnis liegt vor, wenn jemand für unerlaubte Handlungen eines anderen haften muß, z. B. auf Grund des Haftpflichtgesetzes oder auf Grund der Rechtssätze über die Haftung der Wirte für Diebstähle anderer ꝛc. [vgl. RG. 10. März 1885 Entsch. XIII Nr. 91 S. 355 f.]. In den Motiven S. 277 heißt es zwar, unter Vertreter sei derjenige zu verstehen, für dessen Handlung die Partei hafte; aber das ist doch wohl nur eine ungenaue Ausdrucksweise. Daß die Verf. der Motive nicht einen von dem materiellen Recht verschiedenen Begriff des Vertreters einstellen wollen, geht aus ihrer unmittelbar vorhergehenden Äußerung, daß der Begriff aus dem bürgerlichen Recht zu beurteilen sei, klar hervor. [Vgl. norddb. Prot. S. 1011, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 2, a. Gaupp II S. 381, A. Förster N. 3 Abs. 3.] Auch über Handlungen des Vertreters des Rechtsvorgängers ist Eideszuschiebung zulässig [vgl. RG. 1. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 94 S. 343]. — Die betreffende Handlung ꝛc. muß in Bezug auf das Vertreterverhältnis stehen. Es ist z. B. nicht zulässig, dem zur Volljährigkeit gelangten Mündel den Eid über eine Handlung des Vormundes zuzuschieben, welche letzterer nicht in seiner Eigenschaft als Vormund vornahm. — Das Vorhandensein des Vertreterverhältnisses muß nötigenfalls von dem Deferenten (bei der Zurückschiebung von dem Referenten) bewiesen werden.

Ad a—d: Die unter a und b fallenden Thatsachen sind „facta propria" für den Delaten; die unter c und d fallenden „facta aliena". Für erstere ist die Eidesnorm in § 424 Abs. 1 und 2, für letztere in § 424 Abs. 3 bestimmt. Über facta aliena, die nicht

unter litt. c oder d fallen, kann der Eid nicht zugeschoben werden. Das frühere gem. Recht [vgl. Wetzell Syst. § 25 S. 263 ff.] und das preuß. Recht (AGO. I 10 §§ 252, 312, 313) gestatteten die Zuschiebung des Eides in der Form des Glaubens- bzw. Ignoranzeides ganz allgemein auch über facta aliena. Die CPrO. hat diesen Standpunkt mit Recht aufgegeben. — Wegen Eideszuschiebung an gesetzliche Vertreter s. §§ 435, 436.

5. Die Eideszuschiebung ist zulässig in jedem Stadium des Verfahrens bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht (§ 256), auch in der Berufungsinstanz (§ 493). Wegen des Verhältnisses derselben zu anderen Beweismitteln und wegen Gewissensvertretung s. § 418; wegen des Verhältnisses zum richterlichen Eid s. Bem. Nr. 1 zu § 437. — Über die Berechtigung des Intervenienten zur Eideszuschiebung s. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 64, Bem. Nr. 2 litt. d zu § 66. — Streit über die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung ist Zwischenstreit (s. Bem. Nr. 4 zu § 275).

6. Die Eideszuschiebung ist ausgeschlossen: a) wo das Gesetz Glaubhaftmachung vorschreibt (§ 266); b) in Ehesachen (§ 568), soweit es sich um Thatsachen handelt, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen (§ 577 Abs. 2); c) in Entmündigungssachen (§§ 611 Abs. 2, 620, 624, 626); d) zum Beweise von Thatsachen, welche die Restitutionsklage begründen (§ 544 Abs. 2); e) in dem Verfahren betreffs der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (s. Bem. Nr. 8 litt. c zu § 261). Obgleich die letztere Ausnahme im Gesetze nicht speziell zum Ausdruck gelangt ist, so ergibt sie sich doch als notwendige Konsequenz des Offizialprinzips. Die Parteien können, wo das Offizialprinzip eingreift, nicht die Macht haben, durch Zu- oder Zurückschiebung, Leistung, Erlaß, Verweigerung des Eides die Offizialprüfung illusorisch zu machen [vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 412].

Alle landesrechtlichen Beschränkungen der Eideszuschiebung sind aufgehoben (EG. § 14 Nr. 2). Wegen Gegenbeweises durch Eid s. § 411 und EG. § 16 Nr. 1. Eideszuschiebung über strafbare Handlungen ist zulässig. Auch Eideszuschiebung an wegen Meineides bestrafte Personen ist statthaft.

§ 411.

Die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet, ist unzulässig.

Mot. S. 277, 278. KPr. S. 167, 554.

1. Ist eine Parteibehauptung durch andere Beweismittel bereits erwiesen, so kommt die Eideszuschiebung nicht mehr in Betracht (§ 418 Abs. 2). Ist das Gegenteil einer Parteibehauptung erwiesen, so ist ebenfalls die Eideszuschiebung nicht mehr zu berücksichtigen Das Gegenteil einer Parteibehauptung kann erwiesen sein, entweder weil der Richter kraft seines Ermessens auf Grund einer Beweisaufnahme oder auch bloß auf Grund des Inhalts der Verhandlungen [vgl. RG. 19. Juni 1886 Entsch. XVIII Nr. 33 S. 163] in freier Beweiswürdigung den Beweis des Gegenteils als erbracht annimmt oder weil er diesen Beweis kraft einer gesetzlichen Beweisregel als erbracht annehmen muß. Im einen wie im anderen Fall ist der zugeschobene Eid nicht zu berücksichtigen. Es ergiebt sich daraus, daß direkter Beweis gegen die Thatsachen, welche nach den Beweisregeln der §§ 150, 380, 383 als erwiesen anzunehmen sind, durch Eideszuschiebung nicht geführt werden kann (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 380). [So auch RG. 30. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 98 S. 374 f.]. Zum Zwecke indirekten Gegenbeweises ist Eideszuschiebung zulässig. — Von den gesetzlichen Beweisregeln zu scheiden sind die sog. Vermutungen. Vermutungen sind nicht Beweiswürdigungsregeln, sondern Beweis-

lastregeln. Die Thatsache, welche die Vermutung für sich hat, ist nicht erwiesen, sondern braucht vom Behauptenden nicht erwiesen zu werden. Gegen Vermutungen ist also Beweis durch Eideszuschiebung zulässig; der § 411 hat darauf keinen Bezug. Für die im bürgerlichen Recht aufgestellten Vermutungen wird dies durch EG. § 16 Nr. 1 ausdrücklich bestätigt. Es gilt aber nicht minder für die in CPrO. §§ 153, 402, 403, 405 aufgestellten Vermutungen. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1. AM. Gaupp II S. 383.] Wegen Beweisführung durch Eid bei Widerruf des gerichtlichen Geständnisses s. Bem. Nr. 1 zu § 263.

2. Nur, wenn das Gegenteil erwiesen, nicht schon, wenn das Gegenteil wahrscheinlich und folglich die Thatsache, über welche der Eid zugeschoben wird, unwahrscheinlich ist, ist die Eideszuschiebung unzulässig. Ohne die Feststellung, daß das Gegenteil erwiesen ist, wobei allerdings freie Beweiswürdigung (§ 259) stattfindet, darf das Gericht eine Eideszuschiebung über eine relevante Thatsache nicht als chikanös zurückweisen (vgl. hann. Prot. VIII S. 2966 ff., XV S. 5812 ff.; nordd. Prot. II S. 1026; ferner Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 259) [RG. 2. Dez. 1881 Entsch. V Nr. 122 S. 429]. Natürlich sind Eideszuschiebungen über irrelevante Thatsachen nicht zu berücksichtigen.

§ 412.

Eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch Eideszuschiebung nicht die Beweispflicht.

Mot. S. 278. KPr. S. 167, 554.

1. Die Motive bemerken: „Nach dem Gesetz kann jede Partei über jede streitige und erhebliche, den Vorschriften der §§ 410, 411 entsprechende Thatsache den Eid zuschieben. Wird nun aber bezüglich einer Thatsache Beweis von beiden Teilen durch Eideszuschiebung angetreten, so fragt es sich, welche dieser beiden Eideszuschiebungen zu berücksichtigen ist. Das Gesetz beantwortet diese Frage dahin, daß die Beweispflicht maßgebend ist, daß mithin nur die Eideszuschiebung der beweispflichtigen Partei Berücksichtigung finden soll. Es ergeben sich indessen noch weitere Fragen, deren Entscheidung wegen ihrer praktischen Wichtigkeit wünschenswert erscheint: 1) kann eine Partei den Eid unter der Bedingung zuschieben, daß ihr die Beweislast obliege? 2) ist die Absicht, die Eideszuschiebung von dieser Bedingung abhängig machen zu wollen, zu vermuten? Beide Fragen bejaht das Gesetz in § 412."

2. Wenn auch die Eideszuschiebung der nicht beweispflichtigen Partei auf Grund der späterhin zu treffenden Entscheidung über die Beweislast bedeutungslos wird, so hat doch der Delat nicht die Befugnis, mit seiner Eideserklärung zu warten, bis über die Beweislast entschieden ist (§ 417). Freilich wird der Vorsitzende, wenn von vorneherein klar ist, welche Partei die Beweislast trifft, aus der Delation der nicht beweispflichtigen Partei nicht Anlaß nehmen, den Gegner zur Erklärung über den Eid aufzufordern, sondern er wird ihn zur Bezeichnung seiner Beweismittel auffordern. Aber der Vorsitzende kann — und wenn die Beweislast zweifelhaft ist, wird er dies thun — bevor das Gericht über die Beweislast sich schlüssig gemacht hat, jeden Delaten, nach Umständen also beide Parteien, zur Erklärung auffordern. Verweigert eine Partei die Erklärung, so ist ihr das allerdings unschädlich, wenn hintendrein das Gericht entscheidet, daß den Deferenten nicht die Beweislast treffe und daß daher die Zuschiebung nicht zu berücksichtigen sei. Wird aber vom Gericht entschieden, daß den Deferenten die Beweislast treffe, so ist der Eid, auf welchen keine Erklärung abgegeben wurde, als verweigert anzusehen. [Vgl. Wach Vortr. S. 166 f. u. Arch. f. C. Pr. LXIV, Wilm. Levy N. 1 a. E. Abweichend Struckm. Koch N. 1].

§ 413.

Die Zurückschiebung des Eides ist nur insofern zulässig, als nach den Bestimmungen des § 410 die Zuschiebung desselben zulässig sein würde.

Sie findet nicht statt, wenn die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, nicht aber die Gegenpartei über ihre eigene Handlung oder Wahrnehmung zu schwören haben würde.

Mot. S. 281. KPr S. 167, 554.

1. Die Zurückschiebung des Eides setzt eine zulässige Zuschiebung (§§ 410, 411) voraus. Die Zurückschiebung eines Eides, dessen Zuschiebung nicht zulässig ist, ist ohne Wirkung.

2. Die Zurückschiebung ist zulässig, wenn die zu beschwörende (positive oder negative) Thatsache in einer Handlung des Gegners (d. h. des Zuschiebenden), seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter besteht oder Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen ist. Die Bem. Nr. 2—4 zu § 410 finden hierher entsprechende Anwendung.

Ergäbe sich hiernach die Zulässigkeit der Zurückschiebung, so kann die Zurückschiebung immer noch durch Abs. 2 des § 413 ausgeschlossen sein. Hier wird nämlich die Zurückschiebung für unstatthaft erklärt, wenn die zu beschwörende Thatsache in einer eigenen Handlung des Zurückschiebenden bestand oder Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung gewesen ist, während diese Thatsache für den Gegner des Zurückschiebenden (den Deferenten, Relaten) nur als Handlung eines Rechtsvorgängers oder Vertreters oder als Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen in Betracht kommt. Der Umstand, daß der Delat den Eid in der Norm des § 424 Abs. 2 zu leisten hätte, macht die Zurückschiebung über ein für den Relaten als alienum erscheinendes factum nicht zulässig; und der Umstand, daß der Relat das für ihn als proprium erscheinende factum in der Norm des § 424 Abs. 2 zu beschwören hätte, schließt die Zurückschiebung nicht aus.

3. Streit über die Zulässigkeit einer Zurückschiebung des Eides ist Zwischenstreit; s. Bem. Nr. zu § 275.

§ 414.

Der Eid kann nur der Partei, nicht einem dritten zugeschoben oder zurückgeschoben werden. Die Zuschiebung oder Zurückschiebung an einen Nebenintervenienten findet nur statt, wenn dieser als Streitgenosse der Hauptpartei anzusehen ist (§ 66).

Mot. S. 281. KPr. S. 167, 554.

1. Der Eid kann weder dem Bevollmächtigten noch dem Beistand noch dem Litisdenunziaten noch dem Intervenienten, welcher nicht die Ausnahmestellung des § 66 hat, zugeschoben oder zurückgeschoben werden. Schiebt ein Nebenintervenient in der Stellung des § 64 den Eid zu (s. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 64), so kann der Eid nur der von ihm unterstützten Partei zurückgeschoben werden. Über Eideszuschiebung und Zurückschiebung im Falle des § 66 s. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 66.

2. Der Eid kann weder dem Rechtsvorgänger, noch dem früheren gesetzlichen Vertreter der Partei zu- oder zurückgeschoben werden. Wegen deren Vernehmung als Zeugen s. § 350 Nr. 4. — Über Eideszuschiebung an den jetzigen gesetzlichen Vertreter s. § 435.

§ 415.

Das Gericht kann anordnen, daß die in den §§ 410, 413, 414 enthaltenen Beschränkungen für die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides

nicht zur Anwendung kommen sollen, wenn die Parteien in Betreff des zu leistenden Eides einig sind und der Eid sich auf Thatsachen bezieht.

KPr. S. 169, 170, 554, 688, 689.

1. Literatur: G. Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 177 ff. — § 415 wurde in der JK. d. RT. eingefügt. Die in erster Lesung beschlossene Fassung lautete: „Die in den §§ 397, 401, 402 (entsprechend den §§ 410, 413, 414 der CPrO.) enthaltenen Beschränkungen für die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides kommen nicht zur Anwendung, wenn die Parteien in Betreff des zu leistenden Eides einig sind." Bei der zweiten Lesung wurde die jetzige Fassung beschlossen. Dieselbe enthält gegenüber der früheren zwei wesentliche Änderungen; erstens ist die Wirksamkeit einer Einigung der Parteien über einen nach den beschränkenden Vorschriften der §§ 410, 413, 414 nicht zulässigen Eid abhängig von der in das freie Ermessen des Gerichts gestellten Dispensation von jenen Beschränkungen; zweitens muß sich der zu leistende Eid auf Thatsachen im Sinne des § 410 (vgl. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 410) beziehen. Daß die Thatsache für die Entscheidung des Prozesses nach Ansicht des Gerichts Ausschlag gebende Bedeutung haben muß, ergiebt sich daraus, daß die Anordnung dieses Eides Beweiserhebung ist; dem Gericht kann keine Beweiserhebung über Thatsachen zugemutet werden, welche nach seiner Ansicht nicht relevant für die Entscheidung des Prozesses sind. — Das Gericht kann ohne Rücksicht auf die Einigung der Parteien einen richterlichen Eid auferlegen; denn der richterliche Eid ist der Eidesdelation gegenüber nicht subsidiär (vgl. Bem. Nr. 1 und 5 zu § 437).

2. Die zulässigen Abweichungen von den Beschränkungen der §§ 410, 413, 414 sind: a) Es kann die Leistung eines Eides zugelassen werden über Thatsachen, welche weder in Handlungen des Schwurpflichtigen oder seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen noch Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind. Auf diesen Fall ist die Norm des § 424 Abs. 3 anwendbar. b) Es kann die Leistung eines Eides unter Umständen zugelassen werden, unter denen die Zurückschiebung des Eides durch § 413 Abs. 2 ausgeschlossen wäre. c) Es kann ein dritter, welchem nach § 414 der Eid nicht zu- oder zurückgeschoben werden könnte, z. B. ein Rechtsvorgänger, ein Nebenintervenient, welcher nicht die Stellung eines Streitgenossen (§ 66) hat, ein Bevollmächtigter 2c., zum Eide de veritate und de credulitate zugelassen werden. Daß der dritte sich zur Eidesleistung bereit erklärt hat, ist nicht erforderlich. Wird Eidesleistung durch einen dritten zugelassen, so ist es Sache der Parteien, dessen Erscheinen vor Gericht zur Eidesleistung zu bewirken; der dritte ist weder von Amtswegen zu laden, noch haben die Parteien die Befugnis zur prozessualischen Vorladung desselben. Leistet der dritte den Eid, so gilt § 428; verweigert er den Eid, so gilt § 429. Erscheint der dritte im Schwurtermine nicht, so ist der Eid nach Analogie des § 430 als verweigert zu erachten und auf dieser Basis kontradiktorisches Endurteil gegen die erschienene Partei zu erlassen. Im Gesetze ist dieser Fall nicht vorgesehen. Man könnte daher auf die Meinung verfallen, daß nach Analogie des § 430 Versäumniszwischenurteil gegen die Partei auf Feststellung der Eidesweigerung zu erlassen sei [so Struckm. Koch N. 5 zu § 430, Hellmann Komm. I S. 323, Wilm. Levy N. 2 zu § 415]; aber ein Versäumnisurteil gegenüber einer erschienenen Partei wegen Ausbleibens eines dritten wäre etwas so absonderliches, daß man sich auf Grund bloßer Analogie nicht wohl dazu verstehen darf. Auch würde die Analogie des § 430 zunächst nur zu einem Versäumnisurteil gegen den dritten führen, was doch ein unmögliches Resultat wäre. [Im Ergebnis ebenso Gaupp II S. 388].

3. Die Einigung der Parteien in Betreff des zu leistenden Eides muß in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht erklärt werden. Die Einigung muß sich auf das Schwurthema und die Eidesnorm (§ 424) erstrecken; auch müssen die Parteien darüber einig

sein, daß die Prozeßentscheidung von der Eidesleistung abhänge [vgl. Hoffmann a. a. O. S. 180]. Die Einigung muß vorbehaltlos sein; eine Einigung z. B. unter dem Vorbehalte, daß nicht auf richterlichen Eid erkannt werde, genügt nicht [vgl. RG. 9. Dez. 1882 Entsch. X Nr. 96 S. 325]. Den Parteien muß nicht bei der Einigung zum Bewußtsein gekommen sein, daß eine Abweichung von den Vorschriften der §§ 410, 413, 414 in Frage steht; es genügt, daß der Eid vorbehaltlos angetragen und vorbehaltlos angenommen wurde. [So auch v. Kries Rechtsmittel S. 180; vgl. a. Wach Vortr. S. 190. AM. (wie es scheint) RG. 9. Dez. 1882 Entsch. X Nr. 96 S. 325]. Die nach § 415 notwendige gerichtliche Anordnung, durch welche von den Beschränkungen der §§ 410, 413, 414 dispensiert wird, erfolgt in dem bedingten Urteil oder Beweisbeschluß (§ 426), wodurch der betreffende Eid zugelassen wird. Bevor das Gericht durch Anordnung der Eidesleistung die Einigung sanktionierte, ist dieselbe für die Parteien nicht bindend. Wird der Eid durch Beweisbeschluß zugelassen, so ist dieser für das Gericht nicht bindend und es ist daher nicht ausgeschlossen, daß das Gericht auf Grund eines nachträglichen Beweisanerbietens den früheren Beschluß zurücknimmt; dann wäre zu neuer Anordnung eines vereinbarten Eides wiederholte Einigung der Parteien nötig. Aber das Gericht kann im Falle des § 415 durch späteres Beweisanerbieten nicht genötigt werden, den Widerruf zu gestatten; § 419 Abs. 2 ist nicht anwendbar [AM. Hoffmann a. a. O. S. 189, welcher die Widerruflichkeit der Einigung ganz allgemein behauptet]. Auch § 422 ist auf die Einigung nicht direkt anwendbar; doch wird das Gericht in solchem Falle den Beweisbeschluß redressieren. Ist der vereinbarte Eid durch bedingtes Urteil auferlegt, so kann ein Widerruf nur mittels analoger Anwendung der §§ 432, 433 Abs. 2 und 3 erfolgen. § 433 Abs. 1 ist auf den vereinbarten Eid anwendbar. Die Einigung bindet insofern auch für die höhere Instanz, als die Parteien, welche sich über Leistung eines Eides, dessen Zu- bzw. Zurückschiebung an und für sich nicht zulässig wäre, geeinigt haben, nicht in höherer Instanz dessen Unzulässigkeit urgieren dürfen, wenn die Vorinstanz auf Grund des § 415 die Eidesleistung angeordnet hatte.

4. Von dem in § 415 zugelassenen Eid zu unterscheiden ist der Eid, dessen Leistung als Bedingung eines Vergleichs vereinbart ist (Vergleichseid). Zur Auflage und Abnahme des Vergleichseides ist das Gericht weder verpflichtet noch berechtigt [vgl. Hoffmann a. a. O. S. 178].

§ 416.

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Erklärung, daß dem Gegner über die bestimmt zu bezeichnende Thatsache der Eid zugeschoben werde.

Mot. S. 281. KPr. S. 167, 554.

1. Der Deferent kann die Eidesnorm formulieren; aber er muß dies nicht thun. Formuliert der Deferent die Eidesnorm, so ist das ein Vorschlag, den das Gericht benutzen, aber auch unter Festhaltung der Thatsachen ändern kann.

2. Über die subsidiäre Natur der Eideszuschiebung im Verhältnis zu anderen Beweismitteln s. § 418 Abs. 2. — Werden von Seite des Deferenten zum Beweise oder vom Delaten zur Widerlegung der Thatsache, über welche der Eid zugeschoben ist, andere Beweismittel geltend gemacht, so gilt der Eid, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesagt ist, als nur für den Fall zugeschoben, daß die Antretung des Beweises durch andere Beweismittel erfolglos bleibe. Sind die anderen Beweismittel durch Aufnahme oder sonstwie (z. B. durch Verzicht) erledigt, so muß die Delation, wenn sie nicht in der gleichen mündlichen Verhandlung stattgefunden hat, dem in Bem. Nr. 4 zu § 119 erörterten Prinzip gemäß wiederholt werden (§ 419 Abs. 1); sonst kommt sie für das Urteil nicht in Betracht. [So auch

Struckm. Koch N. 2 zu § 418, Wilm. Levy N. 2 zu § 418, v. Sarwey I S. 591, Puchelt II S. 263, Hellmann II Komm. S. 327, RG. 8. Nov. 1882 SA. XXXIX Nr. 59. AM. Gaupp II S. 359, Endemann II S. 324, 327, welche die Delation, wenn sie nicht widerrufen wird, fortwirken lassen. Übrigens ist die Meinungsverschiedenheit kaum von praktischer Bedeutung, weil der Vorsitzende nach Erledigung der anderen Beweismittel den Beweispflichtigen zu fragen hat (§ 130), wie er es mit der Eideszuschiebung halten wolle.]

§ 417.

Die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, hat sich zu erklären, ob sie den Eid annehme oder zurückschiebe, selbst wenn sie Einwendungen in Beziehung auf die Eideszuschiebung vorbringt.

Giebt die Partei keine Erklärung ab oder schiebt sie in einem Falle, in welchem die Zurückschiebung unzulässig ist, den Eid zurück, ohne denselben bedingt anzunehmen, so wird der Eid als verweigert angesehen.

Mot. S. 281. KPr. S. 167–169, 554, 733, 735.

1. § 417 steht im Zusammenhang mit § 121 Nr. 4, 255 Abs. 1. Die Eideserklärung ist nicht sowohl eine Pflicht als vielmehr eine Befugnis der Partei, welche durch Unterlassung ausgeschlossen wird. [Vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 36 ff. Gegen Bülow insbes. Wach Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VII S. 164 ff. Andere Litt. s. Bem. Nr. 1 zu § 129].

2. Die Eideserklärung kann nur in der mündlichen Verhandlung abgegeben werden. Eine in den Schriftsätzen enthaltene, in der Verhandlung nicht wiederholte Erklärung ist belanglos. Wegen Protokollierung s. §§ 270 Abs. 2 und 470.

3. Die Eideserklärung ist zulässig bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht (Nordd. Prot. II S. 1028, Mot. S. 281), kann also, wenn früher verweigert, bis zu diesem Zeitpunkte nachgeholt werden. Die Präklusion tritt erst ein nach ausdrücklicher Aufforderung zur Erklärung (§ 420). Sie tritt ein, auch wenn der Delat die Erheblichkeit der Thatsache oder die Zulässigkeit der Zuschiebung bestritten hat. Der Delat hat kein Recht auf eine Vorentscheidung über Relevanz und Statthaftigkeit der Eideszuschiebung. Bringt er Einwendungen vor, so muß er sich bedingt erklären. Sind seitens des Deferenten oder Delaten andere Beweismittel in Bezug auf die Thatsache, welche Eidesthema ist, geltend gemacht worden, so tritt die Präklusion erst ein, wenn nach Aufnahme oder sonstiger Erledigung der anderen Beweismittel die Eideszuschiebung wiederholt ist (§ 419). — Die Präklusion der Eideserklärung ist wohl zu unterscheiden von der positiven Erklärung, daß die Leistung des zugeschobenen Eides verweigert werde. Letztere Erklärung hat sofort die Wirkung, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt (§ 429 Abs. 2), immer vorausgesetzt, daß die Zuschiebung des Eides zulässig war. Widerruf ist schlechthin ausgeschlossen (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 419).

4. Die Folge der Präklusion der Eideserklärung ist dieselbe, wie bei Verweigerung des Eides; es gilt das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen (§ 429 Abs. 2), wenn die Eideszuschiebung zulässig war (sog. poena recusati). Diese Folge wird im Endurteil realisiert; sie kann, wenn ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel in Frage steht, durch Zwischenurteil (Bem. Nr. 3 zu § 275) realisiert werden.

5. Die gleiche Folge, wie bei Präklusion der Eideserklärung, tritt ein, wenn der Delat in einem Fall, in welchem die Zurückschiebung unzulässig ist (§ 413), den Eid zurückschiebt, ohne denselben bedingt anzunehmen. Die Zulässigkeit der Delation ist Voraussetzung für den Eintritt auch dieser Rechtsfolge. — Übrigens kann, wenn die Zurückschiebung unzulässig ist,

die Annahme immer noch bis zum Schlusse der Verhandlung erklärt werden. Denn die unzulässige Zurückschiebung kann nicht stärker wirken, als die Unterlassung jeglicher Erklärung (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 419). [Vgl. a. RG. 18. Febr. 1887 Entsch. XVII Nr. 106 S. 424.]

6. Wegen Fortdauer der Wirkung der Annahme, Zurückschiebung, Leistung, Verweigerung, Erlassung des Eides für die Berufungsinstanz s. § 495; wegen Nachholung der unterlassenen Eideserklärung in der Berufungsinstanz s. § 493.

7. Über die Anwendbarkeit der poena recusati in Ehesachen s. Bem. Nr. 2 zu § 577.

§ 418.

Durch die Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung des Eides wird die Geltendmachung anderer Beweismittel von Seiten der einen oder der anderen Partei nicht ausgeschlossen.

Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so gilt der Eid nur für den Fall als zugeschoben, daß die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt.

Mot. S. 279, 280. KPr. S. 167, 554, 689—693, 733, 735.

1. Daß der Eid nach Geltendmachung anderer Beweismittel zugeschoben werden kann, ergiebt sich aus dem Grundsatze des § 256. Daß die Eideszuschiebung mit anderen Beweismitteln kumuliert werden kann, daß Gewissensvertretung zulässig und daß die Eideszuschiebung anderen Beweismitteln gegenüber subsidiäres Beweismittel sein soll, diese Sätze sind in § 418 ausgesprochen. Das Gesetz steht auf dem Boden des früheren gem. Rechts und im Gegensatz zu dem sächs. Prozeßrecht, sowie zu dem Nordd. Entw. §§ 612, 613, 621, welcher die Kumulation des Eides mit anderen Beweismitteln und die Gewissensvertretung beseitigte, auch dem Gegner des Beweisführers die Befugnis erteilte, durch Eideszuschiebung die Aufnahme der geltend gemachten anderen Beweismittel abzuschneiden. [Vgl. Verh. des 8. Jur.-Tags I S. 69 ff., II S. 280 ff., 329, Busch Arch. f. c. Pr. XLVIII S. 400 ff.]

2. Einzelnes: a) Der Deferent kann gleichzeitig mit der Delation andere Beweismittel geltend machen. — b) Der Deferent kann nach der Delation und selbst nach erfolgter Annahme oder Zurückschiebung noch andere Beweismittel geltend machen bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil (End-, Teil- oder Zwischenurteil, bedingt oder unbedingt) ergeht. Der die Eidesleistung anordnende Beweisbeschluß steht dem Vorbringen anderer Beweismittel noch nicht im Wege. Erst nach der Leistung des durch Beweisbeschluß angeordneten Eides greift die Beschränkung des § 428 Abs. 2 ein [vgl. RG. 14. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 81 S. 334]. — c) Der Delat kann vor und bei Abgabe der Eideserklärung andere Beweismittel geltend machen; er kann nach der Terminologie des früheren Prozeßrechts „sein Gewissen mit Beweis vertreten". Der Ausdruck „Gewissensvertretung" ist im Gesetz vermieden. Der Sache nach ist die gemeinrechtliche Gewissensvertretung angenommen [vgl. Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. XI S. 241 ff.]. — d) Der Delat kann nach der Abgabe der Eideserklärung noch andere Beweismittel geltend machen bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil (End-, Teil- oder Zwischenurteil, bedingt oder unbedingt) ergeht. Der die Eidesleistung anordnende Beweisbeschluß steht dem Vorbringen anderer Beweismittel noch nicht im Wege. Erst nach der Leistung des durch Beweisbeschluß angeordneten Eides greift die Beschränkung des § 428 Abs. 2 ein.

Ob die Eideszuschiebung zulässig ist, richtet sich nach dem Zeitpunkt der Wiederholung. Es kann sich ergeben, daß die Zuschiebung in diesem Zeitpunkt unzulässig ist, weil das Gericht

die betreffende Thatsache oder das Gegenteil davon als durch andere Beweismittel erwiesen annimmt (§ 411), während dies früher noch nicht der Fall war.

3. Auch in der Berufungsinstanz können nach der Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung eines Eides neue Beweismittel sowohl von Seite des Deferenten wie des Gegners vorgebracht werden. [Hönemann Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 29 ff.].

4. Aus der subsidiären Natur des zugeschobenen Eides folgt, daß das Gericht nicht zur Auferlegung eines zu- oder zurückgeschobenen Eides greifen kann, solange andere Beweismittel bezüglich derselben Thatsache geltend gemacht und noch nicht erledigt sind. Anders bei dem richterlichen Eid (§ 437). Vor dem richterlichen Eid tritt der zugeschobene und der zurückgeschobene Eid zurück (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 437). Jede Zuschiebung, Annahme, Zurückschiebung ist nur bedeutsam, wenn nicht das Gericht zur Ergänzung oder Beseitigung unvollständigen Beweises auf richterlichen Eid erkennt. Diese Voraussetzung kann bei der Zuschiebung, Annahme, Zurückschiebung zum Ausdruck gebracht werden; notwendig ist dies nicht.

§ 419.

Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so ist die Partei, welcher der Eid zugeschoben wurde, nicht verpflichtet, sich über die Eideszuschiebung früher zu erklären, als bis die Eideszuschiebung nach Aufnahme oder sonstiger Erledigung der anderen Beweismittel wiederholt ist.

Sind andere Beweise aufgenommen, so kann die vorher abgegebene Erklärung widerrufen werden.

Mot. S. 281, 282. KPr. S. 167—169, 554, 690—693, 733, 735.

1. Der Entwurf enthielt als Abs. 3 zu § 404 (jetzt 417) die Vorschrift:

> „Ist der Eid nur für den Fall zugeschoben oder als zugeschoben zu erachten, daß die Aufnahme anderer Beweismittel erfolglos bleiben werde, so ist die Erklärung über die Eideszuschiebung spätestens in dem Termine abzugeben, in welchem über das Ergebnis der anderen Beweise verhandelt wird."

Bei der ersten Lesung in der JK. d. R. wurde dieser Absatz dahin geändert:

> — „so ist die Partei nicht verpflichtet, sich über die Eideszuschiebung früher zu erklären, als bis diese nach Aufnahme der anderen Beweismittel wiederholt ist."

Aus der Debatte geht hervor: Erstens sollte durch die Änderung erreicht werden, daß die Erklärung über den Eid nicht, wie es nach dem Entwurf scheinen konnte, unbedingt und in allen Fällen schon in dem Termin abzugeben sei, in welchem über das Ergebnis der anderen Beweise verhandelt wurde. Denn es kann unter Umständen für den Anwalt nötig werden, mit der Partei selbst erst über das Resultat der Beweisaufnahme Rücksprache zu nehmen, bevor er die Erklärung über den Eid abgiebt. Für solche Fälle wollte man dem richterlichen Ermessen die Möglichkeit eröffnen, einen neuen Termin zur Erklärung anzuberaumen, was in dem Entwurf durch das Wort „spätestens" ausgeschlossen scheinen konnte. Zweitens sollte klar gestellt werden, daß der Delat über einen vor der Beendigung anderer Beweisaufnahme eventuell deferierten Eid auf keinen Fall eher sich äußern brauche, als bis derselbe definitiv angetragen sei. In beiden Beziehungen wurde die Änderung von Seite der Regierungskommissarien als nicht nötig bezeichnet, weil das, was durch dieselbe erreicht werden wolle, schon im Entwurfe gelegen sei. Auf Grund jenes Beschlusses wurde jedoch in der Red.-Komm. der jetzige § 419 redigiert und von den Gesetzgebungsfaktoren angenommen. Die Worte „oder sonstiger Erledigung" sind von der Red.-Komm. eingefügt mit Rücksicht auf Fälle, in denen geltend gemachte Beweismittel in anderer Weise als durch Aufnahme, z. B. durch Verzicht, durch Tod des Zeugen oder Fristablauf (§ 321), sich erledigen.

2. In allen Fällen, in welchen von Seite des Deferenten zum Beweise oder von Seite des Delaten zur Widerlegung der eventuell unter Eid gestellten Thatsache andere Beweismittel geltend gemacht werden, tritt nach § 419 Abs. 1 die Präklusion der Eideserklärung erst ein, wenn die Eideszuschiebung nach Aufnahme oder sonstiger Erledigung der Beweismittel wiederholt ist. Über die Notwendigkeit der Wiederholung vgl. Bem. Nr. 2 zu § 416. — Der Zeitpunkt der Präklusion der Eideserklärung wird nur dann bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt hinausgeschoben, wenn die anderen Beweismittel dieselbe Thatsache betreffen. Wenn z. B. der Kläger dafür, daß ein dritter im Namen des Beklagten eine Sache gekauft hat, Beweis durch Zeugen, dafür, daß der Beklagte dem dritten Vollmacht zu dergleichen Geschäften erteilt hat, Beweis durch Eid angetreten hat, so ist die Präklusion der Eideserklärung nicht bis zur Erledigung des Zeugenbeweises aufgeschoben. Dies ist jedoch nur von Bedeutung, wenn über den Vollmachtspunkt ein Zwischenurteil erlassen wird. Andernfalls muß der Kläger nach der Vernehmung der Zeugen über den Kauf die Eideszuschiebung über die Bevollmächtigung wiederholen und der Beklagte kann dann natürlich die Eideserklärung noch abgeben.

3. Zu Abs. 2: § 423 stellt als Regel auf, daß die Annahme oder Zurückschiebung eines Eides nicht widerrufen werden kann. Ausnahmsweise gestattet § 419 Abs. 2 die Abgabe einer anderen als der früheren Eideserklärung in dem Falle, wenn der Delat in einem früheren Termine die Eideserklärung abgab, nachträglich aber andere Beweismittel auf Antrag des Deferenten oder Delaten über die unter Eid gestellten Thatsachen aufgenommen wurden. Sind andere Beweismittel geltend gemacht, aber nicht aufgenommen, sei es, daß das Gericht aus irgend welchem Grund die Beweisaufnahme ablehnte oder daß die Beweisaufnahme unmöglich wird oder daß der Beweisführer darauf verzichtet, so steht dem Delaten die bezeichnete Befugnis nicht zu. Ebensowenig steht ihm diese Befugnis zu in dem Fall, daß zunächst über andere Thatsachen andere Beweismittel aufgenommen wurden. — Andererseits ist der Widerruf der früheren Eideserklärung nicht dadurch bedingt, daß die nachträglich aufgenommenen Beweismittel ein Ergebnis für den Beweis der fraglichen Thatsache geliefert haben. Sonach kann der Delat dadurch, daß er die Aufnahme ergebnisloser Beweismittel bewirkt, die Widerruflichkeit seiner Eideserklärung herbeiführen. Der Widerruf aus § 419 Abs. 2 kann nur geschehen, solange nicht über den betreffenden Prozeßstoff Urteil (End-, Zwischen-, Teilurteil, bedingt oder unbedingt) erlassen ist. — Auf den Fall, daß positiv die Verweigerung einer Eidesleistung erklärt wurde (vgl. Bem. Nr. 3 g. E. zu § 417), bezieht sich § 419 Abs. 2 nicht; diese Erklärung ist stets unwiderruflich. Auch für den Fall, daß ein Eid unzulässigerweise zurückgeschoben wurde, hat Abs. 2 des § 419 keine Bedeutung; denn unzulässige Zurückschiebung ohne bedingte Annahme des Eides hat nach § 417 Abs. 2 keine stärkere Wirkung, als wenn gar keine Erklärung abgegeben wurde; es kann daher bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, und auch in der Berufungsinstanz die Annahmeerklärung nachgeholt werden, ohne daß die Voraussetzungen des § 419 Abs. 2 vorhanden zu sein brauchen (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 417).

4. § 419 gilt auch für die Berufungsinstanz.

§ 420.

Wegen unterbliebener Erklärung auf eine Eideszuschiebung kann der Eid nur dann als verweigert angesehen werden, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über den Eid aufgefordert ist.

KPr. S. 169, 170, 554, 733, 725.

Der von der JK. d. RT. eingefügte § 420 verhindert, daß eine Partei aus Versehen die Erklärung über die Eideszuschiebung unterläßt und das Präjudiz des § 421 verwirkt.

Daß die Aufforderung zu Protokoll festgestellt werde, ist nicht notwendig. Es genügt die Konstatierung in dem Thatbestand. Die Aufforderung geht übrigens vom Vorsitzenden, nicht vom Gericht aus.

§ 421.

Der zurückgeschobene Eid gilt auch ohne ausdrückliche Erklärung über die Annahme als von dem Beweisführer angenommen.

Mot. S. 282. KPr. S. 170, 554, 733, 736.

Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zurückschiebung können vorgebracht werden. Aber die Erklärung des Relaten, zum Eide bereit zu sein, wird nicht zur Auferlegung des zurückgeschobenen Eides verlangt. (Anders Preuß. AGO. I 10 § 296, Württ. PrO. Art. 580). Würde der Deferent vor Auferlegung des zurückgeschobenen Eides erklären, daß er denselben nicht leisten werde, so kann das Gericht auf Grund freier Beweiswürdigung annehmen, daß die von dem Deferenten unter Eid gestellte Thatsache unwahr ist; eine Eidesweigerung im Sinne des § 429 Abs. 2 liegt jedoch nicht vor. Auch ist das Gericht durch solche Erklärung des Delaten nicht gehindert, ihm den Eid gleichwohl aufzulegen.

§ 422.

Die Zurückschiebung des Eides kann außer dem Falle des § 419 Abs. 2 widerrufen werden, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Gegner erst nach erfolgter Zurückschiebung des Eides von einer solchen Verurteilung Kenntnis erlangt habe.

§ 423.

Die Annahme oder Zurückschiebung des Eides kann außer den Fällen des § 419 Abs. 2 und des § 422 nicht widerrufen werden.

Mot. S. 282. KPr. S. 170, 171, 554, 689–693, 733, 736.

1. In den Entwürfen war auch die Zuschiebung des Eides nach erfolgter Annahme oder Zurückschiebung abgesehen von den Ausnahmefällen des jetzigen § 422 als nicht widerruflich behandelt. Die Unwiderruflichkeit der Zuschiebung paßte nicht zu der in § 418 ausgesprochenen Subsidiarität des Haupteides. Der Deferent kann nach der Annahme oder Zurückschiebung des Eides selbst nach Beweisbeschluß auf Eidesleistung bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht und nachher noch in der Berufungsinstanz [s. Hönemann Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 29 ff.] andere Beweismittel geltend machen, natürlich immer nur, solange der Eid noch nicht geschworen ist, und auf diese Weise seine Delation zurückziehen, ohne daß es förmlichen Widerrufs bedarf. Macht der Deferent keine anderen Beweismittel geltend, so enthält der Widerruf der Zuschiebung den Verzicht auf den Beweis der betreffenden Thatsache, der natürlich jederzeit erfolgen kann.

2. Wegen Widerrufs unzulässiger Zurückschiebung s. Bem. Nr. 3 s. f. zu § 419.

3. Die Verurteilung des Schwurpflichtigen wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht macht die Zurückschiebung nicht von selbst ungültig, sondern nur widerruflich. Folgen des Widerrufs s. § 433 Abs. 2. Der Widerruf muß in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht erfolgen. Übrigens betrifft § 422 nur das Prozeßstadium vor Erlassung des Eidesurteils. Wegen Widerrufs nach Erlassung eines Urteils s. § 432. — Nach Leistung des Eides ist kein Widerruf mehr möglich. Restitutionsklage wegen Meineides s. § 543 Nr. 1.

Zu „wissentliche Verletzung der Eidespflicht" bemerken die Motive:

„Der Ausdruck hat in Ermangelung eines besseren sowohl hier, wie an anderen Stellen des Gesetzes, §§ 428, 433, 439, 543 Nr. 1 und 3, gewählt werden müssen; der Ausdruck „Meineid" würde mit Rücksicht auf die Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuchs (§§ 153—163) zu Zweifeln Veranlassung geben können, da nach Maßgabe dieser Vorschriften der Ausdruck „Meineid" in einem weiteren und in einem engeren Sinn verstanden werden kann, je nachdem er die Fälle des wissentlich falschen Eides und der wissentlich falschen Versicherung an Eidesstatt (§§ 153—158), des falschen Eides (§ 160) und des aus Fahrlässigkeit falsch geleisteten Eides (§ 163) sämtlich oder nur einzelne derselben umfaßt."

Der Ausdruck umfaßt hiernach die Fälle der §§ 153—158 des StGB., aber auch den in den Mot. nicht erwähnten Fall des § 162 des StGB., da es sich auch dabei um wissentliche Verletzung der Eidespflicht handelt. Dagegen gehören die Fälle der §§ 160, 163 und wohl auch des § 159 des StGB. nicht dazu, weil wissentliche Verletzung der Eidespflicht nicht in Frage steht.

4. Die Unwiderruflichkeit der Annahme oder Zurückschiebung eines Eides dauert fort für die Berufungsinstanz. S. § 495 nebst den Bemerkungen.

§ 424.

Über eine Thatsache, welche in einer Handlung des Schwurpflichtigen besteht oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist, wird der Eid dahin geleistet:

daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Ist eine solche Thatsache vom Gegner des Schwurpflichtigen behauptet und kann dem letzteren nach den Umständen des Falles nicht zugemutet werden, daß er die Wahrheit oder Nichtwahrheit derselben beschwöre, so kann das Gericht auf Antrag die Leistung des Eides dahin anordnen:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt habe, daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Über andere Thatsachen wird der Eid dahin geleistet:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei.

Mot. S. 283, 284. KPr. S. 177—179, 554, 733, 736.

1. § 424 enthält dreierlei Eidesnormen. Die Normen in Abs. 1 und 2 sind bestimmt für Eide über Thatsachen, welche in eigenen Handlungen des Schwurpflichtigen (Delaten oder Relaten) bestehen oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen sein müssen (vgl. Bem. Nr. 4 litt. a und b zu § 410), die Norm in Abs. 3 für diejenigen Thatsachen, welche in Handlungen des Rechtsvorgängers oder Vertreters des Schwurpflichtigen bestehen oder Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sein müssen (vgl. Bem. Nr. 3 litt. c und d zu § 410).

2. Zu Abs. 1: Die regelmäßige Eidesnorm für sog. facta propria (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 4 Abs. 5 zu § 410) des Schwurpflichtigen ist der Wahrheitseid (iuramentum de veritate). Der Delat hat die Unwahrheit, der Deferent im Relationsfall die Wahrheit der behaupteten Thatsache zu beschwören.

3. Zu Abs. 2: Ausnahmsweise kann das Gericht über facta propria des Schwur-

pflichtigen den Überzeugungseid in der Norm des Abs. 2 zulassen. Voraussetzungen sind: a) Antrag des Schwurpflichtigen. Der Antrag muß in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht gestellt werden, ehe das Eidesurteil erlassen ist. Nachdem Eidesleistung durch Beweisbeschluß angeordnet ist, kann der Antrag noch gestellt werden, weil der Beweisbeschluß abänderlich ist. b) Die betreffende Thatsache muß von dem Gegner des Schwurpflichtigen behauptet worden sein. Hat der Schwurpflichtige selbst die betreffende Thatsache behauptet, so muß er den Wahrheitseid (Abs. 1) leisten. Es ergiebt sich daraus, daß die Norm des Abs. 2 nie im Relationsfall zur Anwendung kommen kann. Daraus folgt aber weiter, daß die Fassung des Abs. 2 unrichtig ist. Die Worte „wahr oder" gehören nicht hinein. Der Eid kann nur auferlegt werden über das Überzeugtsein, daß die vom Gegner behauptete Thatsache nicht wahr oder (was auf dasselbe hinausläuft) daß das Gegenteil dieser Thatsache wahr sei. [Vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 435 f., Lehrb. N. 10 zu § 55, Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 339 f., Eck in v. Holtzendorffs Rechtsl. I S. 613. AM. Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. V S. 196 ff.] c) Die Umstände müssen so liegen, daß dem Schwurpflichtigen der Wahrheitseid nicht zugemutet werden kann. Die Motive führen als Beispiele an, daß die zum Eide gestellte Handlung oder Wahrnehmung des Delaten einer entfernten Zeit angehört oder eine Thatsache betrifft, deren Erheblichkeit nicht vorauszusehen war. Bei solchen Umständen mag die Partei zwar von der Unrichtigkeit der Behauptung des Gegners überzeugt sein, gleichwohl aber Bedenken tragen, die Unrichtigkeit der Thatsache, welche ihrem Gedächtnisse entschwunden und für sie gleichsam zu einer fremden geworden ist, zu beschwören. Auch wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, muß das Gericht nicht dem Antrag stattgeben, sondern hat immer noch Freiheit des Ermessens.

4. Zu Abs. 3: Diese Norm des Überzeugungseides ist für den Schwurpflichtigen etwas günstiger, als die des Abs. 2. Man kann die Überzeugung nicht erlangt haben, daß eine Thatsache wahr sei, ohne überzeugt zu sein, daß die Thatsache nicht wahr ist. Zur Anwendung des Abs. 3 bedarf es keines Antrags. Ob der Schwurpflichtige oder sein Gegner die Thatsache behauptet hat, ist einerlei. Der Delat hat zu schwören: „daß er die Überzeugung nicht erlangt habe"; der Deferent im Relationsfall: „daß er die Überzeugung erlangt habe". [Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. XXV S. 412.]

§ 425.

Auf die Leistung eines Eides ist durch bedingtes Endurteil zu erkennen. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils.

Mot. S. 282, 283. KPr. S. 173–177, 554, 733–736.

1. Vgl. Boas das Verf. bei bedingtem Endurteil, Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 563 ff.

2. Abs. 1 enthält die Regel, daß auf die Leistung eines zu- oder zurückgeschobenen Eides durch bedingtes Endurteil zu erkennen ist. Natürlich kann auch bedingtes Teilurteil erlassen werden. Über die Form des bedingten Urteils s. § 427. Über das spätere Verfahren s. Bem. Nr. 2 zu § 427. — Die Regel des § 425 erleidet nur die in § 426 und in § 558 Abs. 4 (für Urkunden- und Wechselprozeß) vorgesehenen Ausnahmen. Außer diesen Fällen kann das Gericht den Eid nicht durch Beschluß anordnen. Ist dies gleichwohl aus Rechtsirrtum geschehen und gelingt es nicht, das Gericht zur Zurücknahme des unrichtigen Beschlusses zu bestimmen, so bleibt nur Anfechtung des auf Grund des Beschlusses und der Eidesleistung bzw. -weigerung ergangenen Endurteils übrig; das Obergericht, welches den Beschluß für unzulässig erachtet, muß dann das auf demselben beruhende Verfahren als ungültig aufheben. Hat aber der Schwurpflichtige den ihm durch den gesetzwidrigen Beweisbeschluß auferlegten Eid geleistet, ohne daß der Gegner die Unzulässigkeit des Beschlusses rügte, so kann der

Gegner die durch die Beschlußform begangene Gesetzesverletzung nachträglich nicht mehr, auch nicht in zweiter Instanz, rügen (§§ 267, 492). Denn, wenn nach § 426 das Einverständnis der Parteien über den Eid die Nichtanwendung der Regel des § 425 rechtfertigen kann, so kann auch die Verletzung der in § 425 gegebenen, die Form der Eidesauflage betreffenden Vorschrift durch Verzicht auf das Rügerecht und Präklusion desselben gehoben werden. [So auch Struckm. Koch N. 2 zu § 267, Wilm. Levy N. 1 zu § 267, A. Förster N. 7 zu § 426, RG. 3. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 101 S. 365, 12. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1130. AM. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 86, Fitting eod. XI S. 7 N. 5.]

3. Aus Abs. 2 folgt, daß Termin zur Eidesleistung in dem bedingten Endurteil, wenn ein Rechtsmittel zulässig ist, nicht sofort bestimmt werden kann. Jede Partei kann nach Ablauf der Rechtsmittelfrist einen Termin erwirken und den Gegner dazu laden (vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. f ε vor § 191 S. 233). Nur wenn die Parteien auf Rechtsmittel verzichten, kann der Termin sofort bestimmt und verkündet, es kann auch der Eid, wenn der Schwurpflichtige anwesend und zur Eidesleistung bereit ist, sofort abgenommen werden.

§ 426.

Sind die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet werden.

Hängt die Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel von der Leistung eines Eides ab, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet oder auf dieselbe durch bedingtes Zwischenurteil erkannt werden. In dem letzteren Falle erfolgt die Eidesleistung nur dann, wenn durch bedingtes Endurteil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf dieselbe für die Endentscheidung des Rechtsstreits noch ankomme.

Mot. S. 282, 283. KPr. S. 173–177, 554, 733–736.

1. Litteratur: G. Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 178 ff.

2. § 426 enthält drei Ausnahmen von der Regel des § 425. a) Erste Ausnahme: „Sind die Parteien — einverstanden, so kann — angeordnet werden.“ Vorausgesetzt wird, daß die zu beschwörende Thatsache nach Ansicht des Gerichts und beider Parteien für die Entscheidung des Prozesses erheblich ist; daß diese Thatsache nach Ansicht des Gerichts und beider Parteien des Beweises bedarf; daß andere Beweismittel nicht mehr geltend gemacht werden wollen; daß der Eid nach §§ 410, 411, 413, 414 oder doch nach § 415 zulässig ist; daß die Parteien darüber einverstanden sind, wer schwören und welche Eidesnorm beschworen werden soll. Sind alle diese Voraussetzungen vorhanden, dann kann das Gericht die Beschlußform zur Eidesauflage wählen, es hat aber immer noch die freie Wahl zwischen Beweisbeschluß und bedingtem Endurteil.

b) Zweite Ausnahme: „Dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits, so kann — angeordnet werden.“ Über den Begriff „Zwischenstreit“ s. Bem. Nr. 4 zu § 275. Man beachte den Gegensatz von Entscheidung über Zwischenstreit und Entscheidung über einzelne Angriffs- und Verteidigungsmittel. Ein Eid, der zur Erledigung eines „Zwischenstreits“ dient, kann nie durch ein Zwischenurteil auferlegt werden [so auch Wach Vortr. S. 90 f., Struckm. Koch N. 3, Wilm Levy N. 1, Gaupp II S. 404, Petersen S. 651, A. Förster N. 3, Fitting Lehrb. § 56 N. 23, Hoffmann a. a. O. S. 200]. Die Auferlegung des zur Erledigung eines Zwischenstreits dienenden Eides durch bedingtes Endurteil ist zwar durch das Gesetz nicht ausgeschlossen; auch sind Fälle, in denen das Gericht die Endentscheidung

als durch die Entscheidung eines Zwischenstreits und dessen Entscheidung wieder als durch Eid bedingt erlassen könnte, denkbar; aber solche Fälle werden selten sein und die Wahl des bedingten Endurteils wäre immer unzweckmäßig.

c) Die dritte Ausnahme ist in Abs. 2 enthalten. Über den Begriff „selbst. Angr.- u. Vert.-M." s. Bem. Nr. 2 zu § 137; vgl. a. Bem. Nr. 3 zu § 275. Zur Wahl des Gerichts steht der Beweisbeschluß und das bedingte Zwischenurteil. Wird letzteres gewählt, so bleibt die Eidesleistung ausgesetzt, bis das bedingte Zwischenurteil durch ein bedingtes Endurteil ergänzt und dieses rechtskräftig geworden ist. Beispiel: Der Kläger behauptet zur Begründung seines Klaganspruchs Auftragserteilung und Genehmigung. Beides wird bestritten. Er tritt zum Beweise des Auftrags Beweis durch Zeugen, zum Beweise der Genehmigung Beweis durch Eideszuschiebung an. Das Gericht kann durch bedingtes Zwischenurteil dem Beklagten den Eid bezüglich der Genehmigung auferlegen. Geschieht dies, so ist damit die Verhandlung über diesen Punkt beendet; aber der Eid wird nicht abgenommen. Ergiebt sich aus der Vernehmung der Zeugen der Beweis für die Auftragserteilung, so ist der Eid über die Genehmigung überflüssig. Anderenfalls ist in einem bedingten Endurteil die Eidesauflage bezüglich der Genehmigung zu wiederholen. Erst nach der Rechtskraft dieses Urteils ist zu schwören. Das bedingte Zwischenurteil ist nicht selbstständig, sondern erst durch Rechtsmittel gegen das bedingte Endurteil anfechtbar [vgl. RG. v. 19. Juni 1881 Entsch. V Nr. 93 S. 350]. Eine Ausnahme gilt für das bedingte Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs (s. Bem. Nr. 3 zu § 276); konsequenter Weise muß nach diesem bedingten Zwischenurteil die Eidesleistung bis nach Rechtskraft des Zwischenurteils — nicht aber bis zur Rechtskraft eines bedingten Endurteils über Grund und Betrag — ausgesetzt werden [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 21, 22].

3. Der Beweisbeschluß, welcher die Leistung eines Eides anordnet, muß den Vorschriften des § 324 entsprechen, also insbesondere die Eidesnorm festsetzen. Mit Gründen muß derselbe nicht versehen werden; ebensowenig spricht derselbe sich über die Folgen der Eidesleistung aus. Anfechtbar ist der Beschluß erst mit dem darauf beruhenden Endurteil. Ist die schwurpflichtige Partei anwesend, so kann der Eid sofort abgenommen werden. Anderenfalls ist Termin zur Eidesleistung vor dem Prozeßgericht bei Erlassung des Beweisbeschlusses zu verkünden oder im Falle des § 441 von dem beauftragten oder ersuchten Richer von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu geben. Einer Ladung bedarf es nicht.

Der Beweisbeschluß bindet das Gericht nicht; derselbe kann zurückgenommen werden. Der Beweisbeschluß auf Eid hindert nicht die Geltendmachung anderer Beweismittel. Ist auf Grund eines Beweisbeschlusses ein Eid geleistet, erlassen oder verweigert, so treten die Folgen der §§ 428, 429 ein; das Gericht ist gebunden, die Wahrheit oder Unwahrheit der betreffenden Thatsache als erwiesen anzunehmen. Das Gericht ist aber nicht gebunden, von dieser Thatsache die Entscheidung abhängig zu machen. Es kann sich nachträglich die Meinung bilden, daß die betreffende Thatsache unerheblich sei, und ohne Rücksicht auf dieselbe ein Urteil fällen. Das Gleiche gilt für die Berufungsinstanz.

§ 427.

In dem bedingten Urteile ist die Eidesnorm und die Folge sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen.

Der Eintritt dieser Folge wird durch Endurteil ausgesprochen.

Mot. S. 282, 283. KPr. S. 173–177, 554, 733, 736.

1. Die Vorschrift gilt für bedingte Zwischen- und Endurteile. Auf alternativ oder auf kumulativ zu leistende Eide muß in einem Endurteile erkannt werden. Stehen mehrere aufzuerlegende Eide in präjudiziellem Verhältnis — z. B. wenn der Kläger den Eid a leistet, so hat der Beklagte den Eid b zu leisten ꝛc. — so ist auf diese Eide in einem Urteil zu erkennen. Dies folgt aus der Natur des bedingten Urteils (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 297), welche kein anderes Nachverfahren als über den Eintritt der Bedingung und kein anderes Urteil als die sent. purificatoria verträgt. [So auch Struckm. Koch 5. Aufl. N. 1 zu § 425, Gaupp II S. 406, A. Förster N. 3 zu § 427, Hellmann Komm. II S. 337, Endemann II S. 331. AM. Petersen S. 650, Puchelt II S. 267]. Aus den Worten „so genau, als — gestattet“ kann kein durchschlagendes Argument gegen die vorgetragene Ansicht gewonnen werden; denn wenn die Prozeßlage eine derartige ist, daß die Entscheidung von mehreren Eiden abhängt, so können regelmäßig die Folgen der verschiedenen Möglichkeiten im voraus berechnet werden. Das Gesetz gestattet auch nicht die Feststellung der Folgen, welche sich aus Leistung oder Verweigerung auferlegter Eide ergeben, beliebig in suspenso zu lassen (wie der Regierungskommissar in d. JK. d. RT. KPr. S. 177 irrtümlich erklärte); sondern die angeführten Worte beziehen sich auf Fälle, in denen, wie z. B. beim Schätzungseide des § 260, die genaue Feststellung der Folge der Eidesleistung oder Verweigerung unmöglich ist. [Abweichend bay. o. LG. SA. XLI Nr. 308.] Insbesondere ist es unzulässig, bei Auferlegung eines Eides die Folge, d. i. die davon abhängige Entscheidung des Prozesses zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten, nur für den einen Fall sei es der Leistung oder der Weigerung auszusprechen, für den anderen Fall aber eine Entscheidung entweder überhaupt nicht oder nur eine als Zwischenurteil oder Beweisbeschluß sich darstellende Entscheidung zu treffen [so RG. verein. CS. 20. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 127 S. 421 ff., bes. S. 434; vgl. a. RG. 17. Juni 1881 V S. 347 ff., bes. S. 349, 14. März 1882 VI Nr. 133 S. 423 ff., 10. Mai 1882 VI Nr. 134 S. 427 ff.]. Die einen Eid oder mehrere Eide auflegende Entscheidung, in welcher die Folgen sowohl der Leistung als der Nichtleistung nicht in der Weise festgestellt werden, daß für alle Eventualitäten die Endentscheidung des Prozesses vorgesehen ist, verstößt gegen das Prozeßgesetz; sie ist, wenn sie auch nach ihrer Form und der Absicht des Gerichts sich als bedingtes Endurteil darstellt, sachlich doch nichts anderes als entweder Beweisbeschluß oder bedingtes Zwischenurteil über Teile des Prozeßmaterials (§ 426 Abs. 2); daher ist sie nicht selbständig, sondern erst durch Rechtsmittel gegen das nachfolgende Endurteil anfechtbar [so a. RG. 17. Juni 1881 Entsch. V Nr. 93 S. 350, 10. Mai 1882 VI Nr. 134 S. 430. AM. nämlich für selbständige Anfechtbarkeit der inkorrekten Entscheidung RG. 14. März 1882 VI Nr. 133 S. 424, verein. CS. 20. Okt. 1882 VII Nr. 127 S. 427 ff., 4. März 1883 SA. XXXIX Nr. 253, OLG. Braunschw. SA. XXXVIII Nr. 179, bay. o. LG. eod. Nr. 275]; denn das Gericht kann einer Entscheidung, welche inhaltlich nicht ist, was das Gesetz unter bedingtem Endurteil versteht, nicht dadurch das Wesen eines bedingten Endurteils verschaffen, daß es der Entscheidung die Form und den Namen eines solchen giebt.

Über die Prozeßkosten kann im bedingten Endurteile bedingt entschieden werden; es kann aber auch die Kostenentscheidung ausgesetzt bleiben (vgl. nordd. Prot. S. 1009).

2. Das Urteil, welches den Eintritt der Folge des bedingten Urteils ausspricht (Purifikations-, Läuterungsurteil), kann erst nach mündlicher Verhandlung erlassen werden. [Unrichtig Boas Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 377 ff.; dagegen Struckmann Mag. f. DR. II S. 307 ff., Jastrow Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 769 ff.]. Ist die Eidesleistung vor dem Prozeßgericht erfolgt, so reiht sich die mündliche Verhandlung unmittelbar an (§ 335 Abs. 1). Im andern Fall ist von Amtswegen Termin zur mündlichen Verhandlung zu be-

stimmen und den Parteien bekannt zu geben (§ 333 Abs. 2). Die Eidesleistung oder Eidesverweigerung ist Beweisaufnahme. [Unrichtig Brettner Mag. f. DR. I S. 334 f.] Die nachfolgende Verhandlung ist Verhandlung über die Beweisaufnahme; für diese Verhandlung gilt die Vorschrift des § 258. Die Verhandlung kann sich nur um die Frage drehen, ob der Eid richtig, ob er ganz oder teilweise geleistet, ob er verweigert ist, ferner um die Frage, welche der im bedingten Urteil festgestellten Folgen zu realisieren ist. Über materiell rechtliche Einwendungen kann, auch wenn sie erst nach der Rechtskraft des bedingten Urteils entstanden sind, in diesem Prozeßstadium nicht verhandelt und entschieden werden; sie sind im Wege der Klage geltend zu machen (§ 686). [Vgl. RG. 18. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 84 S. 341, btr. die Einrede des Vergleichs; OLG. Hamburg SA. XL Nr. 268, btr. die Einrede des Zwangsvergleichs.] — Das Purifikationsurteil ist genau auf der Grundlage des bedingten Urteils zu fällen [vgl. bay. o. LG. SA. XL Nr. 321]. Das PU. muß die Kostenentscheidung enthalten. Das PU. ist appellabel und revisibel. Da auch die höhere Instanz an das bedingte Endurteil gebunden ist, kann die Berufungs- oder Revisionsbeschwerde sich nur auf das Prozeßstadium nach dem bedingten Urteil beziehen; die Verhandlung in der höheren Instanz ist sachlich ebenso beschränkt, wie die in der unteren Instanz.

3. Nach der in Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 297 begründeten Ansicht über die Natur der bedingten Endurteile ist ein Versäumnisverfahren nach §§ 295, 296 bei Ausbleiben einer Partei in dem Termin zur mündlichen Verhandlung nach der Eidesleistung oder -verweigerung unmöglich. Mag der Kläger oder der Beklagte, der Schwurpflichtige oder der Gegner ausbleiben, stets kann die erschienene Partei nur ein kontradiktorisches Urteil auf Grundlage des bedingten Urteils und unter Berücksichtigung des „Beweisergebnisses" d. i. der Eidesleistung oder -verweigerung beantragen [vgl. Troll Vers. Urt. S. 91. Andere Litt. s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 297]. — Ist keine Partei erschienen, so ruht das Verfahren (§ 228).

4. Das Purifikationsurteil ist nach § 648 Nr. 2 auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. § 24, GO. f. RA. §§ 13 Nr. 4, 17, 21, 29, 45.

§ 428.

Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet.

Der Beweis des Gegenteils findet nur unter denselben Voraussetzungen statt, unter welchen ein rechtskräftiges Urteil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann.

Mot. S. 285. KPr. S. 179, 554, 733, 736, 737.

1. Abs. 1 enthält eine zwingende Beweisregel. Ist geschworen, so muß das Gericht ohne Beweiswürdigung die beschworene Thatsache als voll bewiesen annehmen. Wird die Negative einer Thatsache beeidigt, so ist Beweis gegen die Positive begründet. [Einigermaßen abweichend Bähr Jahrb. f. Dogm. XXV S. 403 ff.] Ob der Eid als Wahrheits- oder als Überzeugungseid geschworen, ob derselbe durch Beweisbeschluß oder bedingtes Endurteil auferlegt ist, macht keinen Unterschied. — Die Wirkung der Eidesleistung beschränkt sich auf den konkreten Prozeß; in einem anderen Prozeß derselben Parteien kann der Eid nur als Beweisgrund in Betracht kommen (vgl. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 429).

2. War der Eid durch bedingtes Endurteil auferlegt oder ist nach Leistung eines durch Beweisbeschluß auferlegten Eides ein rechtskräftiges Urteil ergangen, so ist der Beweis des Gegenteils der beschworenen Thatsache nur im Wege der Restitutionsklage gegen das Urteil

(§ 543 Nr. 1) möglich. War aber der Eid durch Beweisbeschluß angeordnet, so kann, solange Urteil noch nicht ergangen ist, in der Instanz und nachher in der Berufungsinstanz (cf. § 545) der Beweis des Gegenteils zwar geführt werden, aber nur unter den Voraussetzungen des § 543 Nr. 1, d. h. es muß erwiesen werden, daß der Gegner durch die Eidesleistung sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat und daß deswegen entweder eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist oder daß die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus andern Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen konnte. Unter den gleichen Voraussetzungen ist in dem Nachverfahren, welches auf ein unter Vorbehalt ergangenes, auf Leistung eines Eides basierendes Urteil im Urkunden- oder Wechselprozeß folgt (§ 563), der Beweis des Gegenteils der beschworenen Thatsache zulässig [RG. 21. Nov. 1883 Entsch. XIV Nr. 89 S. 323 f.]. Bei der Gegenbeweisführung ist ein richterlicher Eid nicht ausgeschlossen [vgl. RG. a. a. O. S. 327].

3. Wegen Fortdauer der Wirkung der Eidesleistung in der Berufungsinstanz s. § 495 Abs. 2 und Bem. Nr. 3 dazu.

4. § 428 ist gegenstandslos im Entmündigungsverfahren wegen § 611 Abs. 2, gilt dagegen im Eheprozeß (s. Bem. Nr. 4 zu § 577) und im Verfahren über die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte, soweit Parteieneide vorkommen (s. Bem. Nr. 6 zu § 410 u. Bem. Nr. 5 zu § 437).

§ 429.

Die Erlassung des Eides von Seiten des Gegners hat dieselbe Wirkung, wie die Leistung des Eides.

Die Verweigerung der Eidesleistung hat zur Folge, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt.

Mot. S. 285. KPr. S. 179, 554, 733, 736, 737.

1. § 429 enthält zwei Beweisregeln: a) Durch Erlassung des Eides von Seiten des Gegners wird voller Beweis der zu beschwörenden Thatsache begründet. Erlassung ist die in der Verhandlung vor dem Prozeßgericht oder in dem Termine zur Eidesleistung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter von dem Gegner des Schwurpflichtigen mündlich abgegebene Erklärung, daß er auf Leistung des dem Gegner auferlegten Eides verzichte. Der Eid über eine Thatsache, welche ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis betrifft, kann nur von allen Streitgenossen erlassen werden. b) Die Verweigerung zur Eidesleistung hat zur Folge, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als bewiesen gilt. Verweigerung ist: α) Die vor Anordnung der Eidesleistung seitens des Delaten in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht abgegebene Erklärung, einen zulässigerweise zugeschobenen Eid nicht leisten zu können oder nicht leisten zu wollen (vgl. Bem. Nr. 3 s. f. zu § 417). β) Die nach Auferlegung (durch Urteil oder Beschluß) eines zugeschobenen, zurückgeschobenen oder richterlichen Eides seitens des Schwurpflichtigen in der Verhandlung vor dem Prozeßgericht oder in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine vor dem beauftragten oder ersuchten Richter abgegebene Erklärung, den auferlegten Eid nicht leisten zu können oder nicht leisten zu wollen. Als Eidesverweigerung wird die Verweigerung der Eideserklärung (§ 417 Abs. 2) angesehen (vgl. jedoch Bem. Nr. 3 zu § 417), ebenso das Ausbleiben des Schwurpflichtigen im Schwurtermin (§ 430). — Wegen Verweigerung des Eides seitens eines Streitgenossen vgl. § 434.

Ad a und b: Gegenbeweis gegen die gemäß § 429 als voll bewiesen anzunehmenden Thatsachen ist unzulässig. Die Voraussetzungen des § 428 Abs. 2 können nicht zutreffen. Auch von Gegenbeweis wegen eines bei der Erlassung oder Verweigerung unterlaufenen Irr-

tums kann nicht die Rede sein. Die Wirkungen der Erlassung und der Verweigerung des Eides sind stärker, als die eines gerichtlichen Geständnisses.

2. Die Erlassung und die positiv erklärte oder durch rechtskräftiges Versäumnisurteil festgestellte (§ 430) Verweigerung eines Eides behalten ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz (§ 495). Die Wirkung der Präklusion (§ 417 Abs. 2) kann in der Berufungsinstanz durch Nachholung der Eideserklärung beseitigt werden. Die Wirkungen des Erlasses und der Weigerung beschränken sich auf den konkreten Prozeß. In einem anderen Prozeß derselben Parteien kann die Erlassung und die Verweigerung eines Eides nur als Beweisgrund in Betracht kommen [vgl. RG. 1. Dez. 1883 Entsch. XI Nr. 112 S. 421].

3. Im Entmündigungsverfahren ist der § 429 gegenstandslos wegen § 611 Abs. 2. Im Eheprozeß ist Abs. 1 des § 429 nicht anwendbar (§ 577), wohl aber Abs. 2, soweit Eidesauflagen möglich sind (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 577). In dem Verfahren bezüglich der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (s. Bem. Nr. 8 zu § 261 litt. c) ist Abs. 1 nicht anwendbar, weil sonst die Offizialprüfung durch Erlassung des Eides illusorisch gemacht werden könnte; vielmehr ist der Eid trotz der Erlassnng abzunehmen, wenn nicht das Gericht den Beweisbeschluß zurücknimmt. Abs. 2 des § 429 gilt hier ebensowohl wie in Ehesachen.

§ 430.

Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht, so ist auf Antrag ein Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei.

Mot. S. 236, 237, 285. KPr. S. 179, 554, 733, 737.

1. Litteratur: Wach Vortr. S. 123 ff., Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 228 ff., Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 341 ff., Volgiano eod. V S. 200 ff., Jastrow Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 777, Barkhausen eod. S. 813 ff., Birkmeyer Rechtsfälle S. 51 ff.; Bl. f. RA. LXVIII S. 305 ff., 321 ff., Fitting Lehrb. S. 200, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 349 ff., Troll Vers.Urt. S. 146 ff. Vgl. a. Sydow Ztschr. f. d. CP. II S. 501 f.

2. Die Motive bemerken: „Die Abnahme eines Parteieneides ist Aufnahme eines Beweises. Ein Termin, soweit er die Leistung eines solchen Eides zum Gegenstande hat, unterscheidet sich in nichts von einem sonstigen Beweisaufnahmetermine; die Folgen der Versäumung desselben würden daher nur nach Maßgabe der Vorschrift des § 332 Abs. 2 beseitigt werden können. Bei der Bedeutung des Parteieneides für die Entscheidung des Rechtsstreits oder eines Streitpunktes empfiehlt es sich aber, die Aufhebung der Folgen der Versäumung eines zur Eidesleistung anberaumten Termins in demselben Umfange zu gestatten, wie in dem Falle der Versäumung eines Verhandlungstermins. Zu dem Behufe betrachtet das Gesetz das Verfahren, welches die Leistung eines Parteieneides betrifft, in Ansehung des säumigen Schwurpflichtigen als einen Zwischenstreit und bestimmt, über die Vorschrift des § 312 Abs. 2 hinausgreifend und ohne Rücksicht darauf, ob die Leistung des Eides in einem bedingten Urteil oder in einem Beweisbeschlusse angeordnet war, im § 430: erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung anberaumten Termine nicht, so kann ein Versäumniszwischenurteil auch dann erfolgen, wenn der Termin nicht *lediglich* zur Leistung des Eides bestimmt war, — und *muß* erfolgen, um die Folgen der Versäumung — daß der Eid als verweigert anzusehen sei — eintreten zu lassen."

3. I. *Der Eid ist durch bedingtes Endurteil* (§§ 425, 426 Abs. 2) *auferlegt.*

A. *Zur Eidesleistung ist Termin vor dem Prozeßgericht bestimmt.*

Nach § 335 ist dieser Termin zugleich zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmt. Mit dem Schlusse der Verhandlung tritt nach allgemeinem Grundsatze die Präklusion aller Prozeßhandlungen, also auch der Eidesleistung, ein. Gemäß dem in Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu

§ 297 erörterten Charakter des bedingten Endurteils könnte in jener Verhandlung kein Kontumazialurteil nach §§ 295, 296 erlassen, es müßte also ohne § 430 gegen den ausgebliebenen Schwurpflichtigen ein kontradiktorisches Endurteil, die sent. purificatoria zu dem bedingten Urteil, erlassen werden. Hier greift nun § 430 ein und bestimmt, daß in dem Termine kein kontradiktorisches und kein purifikatorisches Urteil zu erlassen, sondern daß zunächst durch ein Versäumniszwischenurteil die Präklusion der Eidesleistung — nach der Ausdrucksweise des Gesetzes die Fiktion der Eidesverweigerung — festzustellen sei. Die prozessualische Frage, ob der Eid geleistet oder verweigert sei, wird herausgerissen und zum Gegenstand eines Versäumniszwischenurteils gemacht. Durch Anwesenheit eines Bevollmächtigten (im Anwaltsprozesse des Anwalts) des Schwurpflichtigen wird die Erlassung dieses Versäumniszwischenurteils nicht ausgeschlossen. Natürlich kann der Bevollmächtigte unter Umständen einen Vertagungsantrag begründen; aber wenn diesem nicht stattgegeben wird, so ist Kontumazialantrag nach § 430 möglich. — Für das Versäumnisverfahren gelten die Regeln der §§ 300—311. Es ist also Einspruch gegen das erste Versäumnisurteil möglich. Der rechtzeitig und ordnungsmäßig eingelegte Einspruch stellt die Prozeßlage vor dem Versäumnisurteil wieder her und ermöglicht dem Schwurpflichtigen, ohne Entschuldigung der früheren Terminsversäumnis die Eidesleistung nachzuholen, worauf dann wieder die Verhandlung über die Eidesleistung und das Purifikationsurteil folgt. Ist der Einspruch verspätet oder sonst ordnungswidrig, so ist unter Verwerfung des Einspruchs die Präklusionsfolge durch Purifikationsurteil zu realisieren. Bleibt der Schwurpflichtige im Termin zur Verhandlung über den Einspruch aus, so ergeht zweites Versäumnisurteil auf Verwerfung des Einspruchs (§ 310). Dieses Versäumnisurteil ist nicht mehr mittels Einspruchs sondern nur mittels Berufung oder Revision gegen die purificatoria [vgl. RG. 18. Okt. 1884 Entsch. XIII Nr. 107 S. 397] und zwar nur mit der aus § 474 Abs. 2 (cf. § 529) sich ergebenden Beschränkung anfechtbar. — Solange das erste Versäumnisurteil noch mittels Einspruchs anfechtbar ist, kann nicht weiter verhandelt und also die s. purificatoria nicht erlassen werden. So die Motive S. 237 (cit. oben S. 412 f.), und ihre Behauptung ist aus den in Bem. Nr. 3 litt. e zu § 312 vorgetragenen Gründen als richtig anzunehmen (Litteraturangaben s. S. 412 f.). — Ist ein zweites, mit Einspruch nicht anfechtbares Versäumniszwischenurteil (§ 310) ergangen, so reiht sich die weitere Verhandlung und die Erlassung der purificatoria unmittelbar an (vgl. die Bem. Nr. 3 litt. e a. E. zu § 312).

Ist der Gegner des Schwurpflichtigen in dem Termine ausgeblieben, der Schwurpflichtige aber erschienen, so ist nach § 332 der Eid abzunehmen. Dann kann der Schwurpflichtige gegen den Gegner ein kontradiktorisches, die Folgen der Eidesleistung realisierendes Endurteil erwirken (im Anwaltsprozeß natürlich nur durch den Anwalt). Erscheint im Anwaltsprozeß keiner der Anwälte zur Verhandlung, so ruht das Verfahren (§ 228), selbst wenn der Schwurpflichtige in Person erschienen ist und den Eid geleistet hat.

B. Zur Eidesleistung ist Termin vor dem beauftragten oder ersuchten Richter bestimmt.

Dieser Termin ist nur Beweisaufnahmetermin. Ist der Schwurpflichtige ausgeblieben, so sendet der beauftragte oder ersuchte Richter die Akten mit der Konstatierung, daß der Schwurpflichtige ausgeblieben ist, an das Prozeßgericht, welches, soweit nicht bereits Termin bestimmt ist, nach § 335 Abs. 2 Verhandlungstermin von Amtswegen ansetzt. In diesem Termin kann der Schwurpflichtige jedenfalls noch die Eidesleistung nachholen. Erscheint derselbe aber in diesem Termin wieder nicht, dann ist auf Antrag des Gegners Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei. Durch Erscheinen eines Bevollmächtigten (im Anwaltsprozesse des Anwalts) wird nichts geändert. Bezüglich des weiteren

Verfahrens gelten die oben litt. A Abs. 1 entwickelten Sätze mit folgender Modifikation: wird gegen das Versäumnisurteil Einspruch erhoben, so ist nicht unbedingt nötig, daß der Schwurpflichtige in dem zur Verhandlung über den Einspruch bestimmten Termin erscheint und hier die Eidesleistung nachholt; vielmehr kann, wenn dessen Bevollmächtigter erschienen und der Einspruch ordnungsmäßig ist, die Anordnung, daß die Eidesabnahme durch den beauftr. oder ers. Richter erfolgen solle, wiederholt werden.

Erscheint der Gegner des Schwurpflichtigen nicht im Schwurtermin, so kann der Schwurpflichtige den Eid leisten (§ 332). Erscheint der Gegner nicht zum Verhandlungstermin, so kann die Partei, welche geschworen hat, kontradiktorisches Endurteil erwirken.

Erscheint im Verhandlungstermin keine der Parteien bzw. keiner ihrer Anwälte, so ruht das Verfahren.

II. Der Eid ist durch Beweisbeschluß angeordnet.

A. Zur Eidesleistung ist Termin vor dem Prozeßgericht bestimmt.

Nach § 335 ist dieser Termin kraft Gesetzes zugleich zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmt (s. o. ad I A). Nach § 297 ist jeder Termin zur Verhandlung nach einem Beweisbeschlusse Verhandlungstermin im Sinne der §§ 295, 296. Daher muß gegen die nicht (im Anwaltsprozeß nicht durch Anwalt) erschienene Partei, einerlei ob sie oder der Gegner schwurpflichtig ist, Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 möglich sein. Aus § 332 folgt ferner, daß in dem Termine dem in Person erschienenen zur Eidesleistung sich erbietenden Schwurpflichtigen, gleichviel ob der Gegner da ist oder nicht, der Eid abgenommen werden muß und daß, wenn sich der Schwurpflichtige zum Eide erbietet, das Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 erst nach der Beweisaufnahme, d. i. nach der Eidesleistung, möglich ist (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 332). Es kann sich hiernach z. B. ergeben, daß der in Person erschienene Schwurpflichtige schwört und dann, weil sein im Anwaltsprozeß zur Verhandlung nötiger Anwalt nicht da ist, kontumaziert wird. Daß bei dem Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 auf Beweisergebnisse, wozu auch Eidesleistungen und -weigerungen gehören, keine Rücksicht genommen wird, ist in Bem. Nr. 2 Abs. 1 zu § 297 ausgeführt.

Ist für den Schwurpflichtigen ein Bevollmächtigter (im Anwaltsprozeß der Anwalt) erschienen, der Schwurpflichtige selbst aber nicht, so ist (abgesehen von Vertagung) gegen den Schwurpflichtigen nur ein Versäumniszwischenurteil nach § 430 möglich. Bezüglich des weiteren Verfahrens gelten die oben ad I A Abs. 1 (S. 525) entwickelten Sätze.

Bei Ausbleiben des Schwurpflichtigen und seines Bevollmächtigten (Anwalts) muß aus den erörterten Gründen dem Gegner jedenfalls das Recht zustehen, ein Versäumnisendurteil nach §§ 295, 296 zu beantragen. Da § 430 den Fall nicht ausnimmt, so möchte man meinen, der Gegner könnte zwischen dem Antrag auf Versäumnisendurteil (§§ 295, 296) und dem Antrag auf Versäumniszwischenurteil wählen. Aber gesetzt, es bestände das Wahlrecht, so wäre es sinnlose Thorheit, wenn die erschienene Partei, anstatt den Sprung zum Versäumnisendurteil zu machen, sich mit dem zaghaften Schritt zum Versäumniszwischenurteil begnügen wollte. Sie kommt mittels des ersteren viel rascher zum Ziele. Dem Einspruch aber unterliegen doch beide Versäumnisurteile. Man kann sich auch nicht das geringste Interesse denken, aus dem die erschienene Partei das Versäumniszwischenurteil vorziehen sollte. Bei dieser Sachlage ist wohl die Annahme begründet, daß der § 430 auf den zur Frage stehenden Fall überhaupt nicht berechnet ist. Es widerspräche aller Gesetzgebungsökonomie, der Partei zwei Wege zu eröffnen, von denen der eine zweckloser Umweg wäre. Sonach ist der erschienene Gegner des Schwurpflichtigen in dem bezeichneten Fall nur zum Antrag auf Versäumnisendurteil nach §§ 295, 296 berechtigt. Ein Antrag auf Versäumniszwischenurteil nach § 430 wäre als unzulässig zurückzuweisen.

B. Zur Eidesleistung ist Termin vor einem beauftragten oder ersuchten Richter bestimmt. Dieser Termin ist nur Beweisaufnahmetermin. Ist der Schwurpflichtige im Termine nicht erschienen, so sendet der beauftr. od. ers. R. die Akten mit der Konstatierung des Ausbleibens an das Prozeßgericht, welches von Amtswegen nach § 335 Abs. 2 Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt und den Parteien bekannt macht, wenn nicht vorher Verhandlungstermin schon angesetzt war. In diesem Termin kann der Schwurpflichtige die Eidesleistung nachholen. Erscheint in dem Termin weder der Schwurpflichtige in Person, noch sein Bevollmächtigter, so kann der Gegner jedenfalls Versäumnisendurteil nach §§ 295, 296 erwirken. Im Anwaltsprozeß ist der ohne Anwalt erschienene Schwurpflichtige zwar auf sein Verlangen zu beeidigen, aber auf Antrag des Gegners nach §§ 295, 296 zu kontumazieren. Die Frage, ob der Gegner sich mit einem Versäumniszwischenurteil nach § 430 begnügen könne, steht genau wie im Falle ad II A. Erscheint der Bevollmächtigte des Schwurpflichtigen und der Gegner, so kann letzterer nur Versäumniszwischenurteil nach § 430 erwirken.

Bleibt der Gegner des Schwurpflichtigen im Schwurtermine aus, so kann der Schwurpflichtige doch beeidigt werden. Bleibt der Gegner des Schwurpflichtigen im Verhandlungstermin vor dem Prozeßgericht aus, so ist, von Vertagung abgesehen, nur Versäumnisendurteil gegen die nicht erschienene Partei möglich.

4. Bei Ausbleiben beider Parteien im Verhandlungstermin vor dem Prozeßgericht ruht das Verfahren (§ 228).

5. Über Anwendbarkeit des § 430 in Ehesachen s. Bem. Nr. 4 zu § 577.

§ 431.

Der Schwurpflichtige, welcher frühere Behauptungen zurücknimmt oder früher bestrittene Thatsachen zugesteht, kann sich zur Leistung eines beschränkteren Eides erbieten, selbst wenn der Eid bereits durch bedingtes Urteil auferlegt ist. Auch können unerhebliche Umstände, welche in die Eidesnorm*) aufgenommen sind, berichtigt werden.

Mot. S. 284. KPr. S. 179, 180, 554, 733, 734.

1. § 431 gewährt dem Schwurpflichtigen ein Korrektiv gegen unzutreffende Normierung des Eides (Mot. S. 284). Er gilt sowohl für Eide, welche durch Urteil, wie für Eide, welche durch Beschluß auferlegt sind. Bezüglich letzterer würde sich übrigens die Möglichkeit einer Korrektur der Eidesnorm schon aus der Abänderlichkeit des Beweisbeschlusses ergeben. — Zu § 290 verhält sich § 431 folgendermaßen: § 290 betrifft Unrichtigkeiten im Urteil, welche mit der bei Erlassung desselben vorhandenen Prozeßlage nicht stimmen und auf bloßem Versehen des Gerichts beruhen. Dagegen setzt § 430 in seinem ersten Satze eine nach dem Urteil bzw. Beweisbeschluß eingetretene, durch nachträgliche Erklärungen des Schwurpflichtigen bewirkte Änderung der Prozeßlage und in seinem zweiten Satze die Berichtigung eines Versehens der Partei voraus. Wo ein Versehen des Gerichts vorliegt, kommt nicht § 431, sondern nur § 290 zur Anwendung [vgl. RG. 3. Februar 1883 Entsch. VIII Nr. 116 S. 392 f.].

2. Der erste Satz betrifft die Änderung erheblicher Umstände. Solche Änderung ist nur möglich, wenn frühere Behauptungen ganz oder teilweise zurückgenommen oder früher bestrittene Thatsachen teilweise zugestanden werden, so daß, wie der preuß. Entw. § 423 sich ausdrückte, die Änderung den Gegner in eine günstigere Lage versetzt. [Vgl. RG. 7. Nov. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1117 f.] Z. B. der Eid ist dem Beklagten darüber

*) Im RGBl. steht Eidesform. Das ist ein Druckfehler.

auferlegt, daß er dem Kläger 1000 bezahlt habe; der Beklagte erklärt vor der Eidesleistung, daß er die Behauptung auf Zahlung von 900 reduziere. Oder: Der Eid ist dem Kläger dahin auferlegt, daß er nicht dem Beklagten bei dem Verkaufe einer Sache garantierte, daß diese Sache die Eigenschaften a und b habe; der Kläger gesteht Garantie der Eigenschaft a zu, erklärt sich dagegen bereit, im übrigen den Eid zu leisten. Ein anderes Beispiel s. Entsch. d. RG. X Nr. 45 S. 169. — Eine Abänderung dieser Art kann nur seitens des Schwurpflichtigen veranlaßt werden.

3. Der zweite Satz betrifft die Berichtigung unerheblicher Umstände, welche zufolge Versehens der Partei unrichtig vorgetragen und darum in die Eidesnorm aufgenommen wurden. Z. B. die Änderung des Datums eines Vertragsschlusses oder einer Zahlung, wenn das Datum gleichgültig ist. Eine solche Änderung kann sowohl seitens des Schwurpflichtigen wie seitens seines Gegners veranlaßt werden. [Entscheidungen s. Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1118, SA. XLI Nr. 241.]

4. Verfahren. a) Die Eidesleistung soll vor dem Prozeßgericht erfolgen. Es wird eine Änderung des Eides nach § 431 angeregt. Beide Parteien sind darüber einig, daß die Änderung erfolgen soll. Ist das Gericht der Ansicht, daß sich die Änderung innerhalb des Rahmens des § 431 bewegt, so ist die Änderung nicht zu beanstanden und der geänderte Eid abzunehmen. Ist das Gericht der Ansicht, daß die Änderung über § 431 hinausgreift, so muß es die Änderung beanstanden (Beschluß), wenn der Eid durch Urteil auferlegt ist, weil das bindende (§ 289) Urteil nur die nach § 432 zulässigen Modifikationen verträgt; wenn der Eid durch Beweisbeschluß zugelassen ist, können wegen der Abänderlichkeit des Beschlusses auch weitergehende Änderungen gestattet werden (Beschluß). Sind die Parteien nicht darüber einig, daß und wie der Eid geändert werden soll, so liegt ein Zwischenstreit vor, welcher durch ein erst mit dem Endurteil anfechtbares Zwischenurteil zu entscheiden ist. [RG. 3. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 116 S. 391 bezeichnet die Entscheidung als Beschluß, stimmt aber darin mit dem Vorgetragenen überein, daß dieselbe nicht selbständig anfechtbar ist.] Verlangt der Schwurpflichtige in Abwesenheit des Gegners eine Änderung auf Grund des § 431, so ist ebenso zu verfahren, wie wenn der erschienene Gegner der Änderung nicht widerspräche. b) Die Eidesleistung soll vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden (§ 441). Die Parteien sind darüber einig, daß die Änderung erfolgen soll. Ist der beauftr. oder ers. Richter der Ansicht, daß die Änderung sich im Rahmen des § 431 bewegt, so wird der geänderte Eid abgenommen; andernfalls geht die Sache zur Entscheidung an das Prozeßgericht. Auch im ersteren Fall steht dem Prozeßgericht zu, bei der sent. purificatoria zu prüfen, ob die Änderung nach § 431 zulässig gewesen. Ergiebt sich ein Zwischenstreit unter den Parteien über die Zulässigkeit der Änderung, so ist nach § 331 zu verfahren. Verlangt der Schwurpflichtige in Abwesenheit des Gegners die Änderung, so ist zu verfahren, wie wenn der erschienene Gegner nicht widerspräche.

5. Dadurch, daß auf dem Wege des § 431 eine Änderung der Eidesnorm hätte erreicht werden können, ist nicht ausgeschlossen, Berufung zu diesem Zwecke zu ergreifen [vgl. OLG. Stuttgart SA. XLI Nr. 148, OLG. Jena eod. Nr. 149].

§ 432.

Ist der Eid durch bedingtes Urteil auferlegt, so kann, auch nach Eintritt der Rechtskraft, die Zuschiebung sowie die Zurückschiebung des Eides widerrufen werden, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt oder wenn glaubhaft gemacht wird,

daß der Gegner erst nach erfolgter Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides von einer solchen Verurteilung Kenntnis erlangt habe.

KPr. S. 733, 737.

1. Litteratur: Jastrow Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 783 ff.

2. Der in der JK. d. RT. eingefügte § gewährt Inzidentrestitution gegen das bedingte Urteil aus denselben Gründen, aus denen nach § 422 die Zurückschiebung eines Eides vor Erlassung des Urteils widerrufen werden kann. Vgl. daher Bem. Nr. 2 und 3 zu §§ 422, 423. Sind die Voraussetzungen des § 432 vorhanden, so muß dem Antrag auf Gestattung des Widerrufs stattgegeben werden.

3. Verfahren: Ist das bedingte Urteil noch appellabel, so kann der Widerruf in erster oder mittels Berufung in zweiter Instanz geltend gemacht werden; anderenfalls nur in der Instanz, in welcher der Prozeß anhängig ist; niemals in der Revisionsinstanz. Die Geltendmachung des Widerrufs mittels Berrufung steht unter den allgemeinen Normen dieses Rechtsmittels. Der Widerruf ist in der Instanz in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht geltend zu machen und zwar entweder in dem zur Eidesleistung bestimmten oder in einem besonderen, zur Verhandlung über den Widerruf bestimmten Termin, zu welchem der Widerrufende den Gegner laden muß. Die Verhandlung erstreckt sich zunächst auf die Zulässigkeit des Widerrufs, eventuell auf den weiteren Beweis der unter Eid gestellten Behauptung; neues thatsächliches Vorbringen ist ausgeschlossen (arg. § 433 Abs. 1 u. 2). Gesonderte Verhandlung über die Zulässigkeit ist möglich, aber nicht nötig. Das Vorhandensein der Voraussetzungen des Widerrufs ist von Amtswegen zu prüfen. Die Abweisung des Antrags kann nur durch Urteil erfolgen. Da dieses die Instanz beendet, so ist es mit Rechtsmitteln anfechtbar [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 12]. Die Zulässigkeit des Antrags kann durch Zwischenurteil ausgesprochen werden. Es kann aber auch ohne solches anderer Beweis zugelassen und nach dessen Erledigung Endurteil erlassen werden. Dieses letztere Urteil ist wieder mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln anfechtbar. Wird der Widerruf gestattet, so kann auch der Gegner andere Beweismittel bezüglich derselben Thatsache geltend machen.

4. Versäumung des Termins zur Verhandlung über den Widerruf: a) Der Antragsteller bleibt aus. Sein Antrag ist durch Versäumnisurteil zurückzuweisen (arg. § 295). Dagegen ist Einspruch möglich. b) Der Gegner bleibt aus. Zunächst ist von Amtswegen zu prüfen, ob die vom Antragsteller zur Begründung seines Widerrufs vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen wahr sind und den Antrag begründen. Weil Offizialprüfung stattfindet, greift das Präjudiz des Zugeständnisses nicht ein. Ist hiernach der Antrag nicht begründet, so ist derselbe durch ein Urteil, welches nicht Vers.Urt. ist, zurückzuweisen. Erscheint aber der Antrag auf Widerruf begründet, so ist das thatsächliche Vorbringen des Antragstellers bezüglich der unter Eid gestellten Thatsache als zugestanden, eine frühere Behauptung seines Gegners aber als unerweisbar anzunehmen; auf dieser Grundlage ist gegen den Gegner Versäumnisurteil zur Sache zu erlassen (arg. § 296). Im übrigen werden die durch den Widerruf nicht berührten Feststellungen des Urteils aufrecht erhalten. Diese Behandlung rechtfertigt sich daraus, daß die Gestattung des Widerrufs nur eine teilweise Restitution gegen das Urteil enthält.

Anders, wenn der Eid durch bedingtes Zwischenurteil auferlegt war; nach einem Zwischenurteil ist bei Versäumung eines Verhandlungstermins Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 möglich.

5. Ist der Eid erlassen oder geleistet, so ist kein Widerruf mehr möglich.

§ 433.

Wenn der Schwurpflichtige stirbt, wenn er zur Leistung des Eides unfähig wird oder wenn er aufhört, gesetzlicher Vertreter zu sein, so können beide Parteien in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben, welche ihnen vor der Zuschiebung des Eides zustanden.

Dasselbe gilt, wenn in Folge der Verurteilung des Schwurpflichtigen wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides widerrufen wird.

Ist der Eid durch bedingtes Urteil auferlegt, so wird unter Aufhebung des Urteils in der Sache anderweit erkannt.

Mot. S. 285. KPr. S. 180, 554, 733, 737.

1. Zu Abs. 1 und 3: Nach den von der JK. d. RT. vorgenommenen Veränderungen des Entwurfs, durch welche die subsidiäre Natur des Eides schärfer herausgehoben ward (s. Bem. Nr. 1 zu § 419), hat § 433 nur mehr Bedeutung für den Fall, daß der Eid durch bedingtes Zwischen- oder Endurteil auferlegt ist. [So auch Gaupp II S. 416.] Gegen dieses Urteil wird eine Art von Inzidentrestitution mit der Beschränkung auf „die betreffende Beweisführung", d. i. auf die unter Eid gestellte Thatsache, in drei Fällen gewährt: a) Bei Tod des Schwurpflichtigen vor der Eidesleistung; der gemeinrechtliche, übrigens bestrittene Satz: „mortem loco iuris iurandi esse" [Wetzell S. 259] ist damit beseitigt. b) Bei Unfähigwerden desselben zur Eidesleistung, z. B. durch Geisteskrankheit oder auch durch Verlust der Parteieigenschaft. Da der Gemeinschuldner in dem durch die Konkurseröffnung unterbrochenen, vom Konkursverwalter aufgenommenen Prozessen nicht mehr Partei ist — denn der Verwalter vertritt nicht den Gemeinschuldner sondern die Gläubiger [s. L. Seuffert zur Gesch. u. Dogm. d. D. Konkursrechts I S. 89 ff.] — so ist der Gemeinschuldner unfähig in diesem Prozesse einen Eid zu leisten, daher ist § 433 anwendbar [vgl. OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. IX S. 496, OLG. Darmstadt SA. XLI Nr. 242], c) Bei Aufhören der gesetzlichen Vertreterstellung, z. B. Aufhören der Vormundsstellung, Verlust der Stellung als Gemeinde- oder Gesellschaftsvorstand ꝛc. Ob diese Thatsachen vor oder nach der Eidesauflage eingetreten sind, ist einerlei. Ausdehnung auf Verschollenheit des Schwurpflichtigen [Puchelt II S. 274] ist unstatthaft; stellt sich der Schwurpflichtige nicht, so ist nach § 430 zu verfahren.

Ist das bedingte Urteil noch appellabel, so können die Parteien auch im Wege der Berufung alle Beweismittel geltend machen. Es ist aber nicht nötig, daß zu diesem Zweck Berufung eingelegt wird. Das Gesetz eröffnet den bequemeren Weg der Inzidentrestitution in der Instanz. Ist das Urteil nicht mehr appellabel, so bleibt nur der letztere Weg offen. Das Verfahren in der Instanz ist folgendes: die Partei, welche weitere Beweismittel vorbringen will, muß dies unter Anführung der Thatsache, welche die Inzidentrestitution begründet, in mündlicher Verhandlung erklären und die neuen Beweismittel geltend machen. Sie kann dies in dem bereits angesetzten Verhandlungstermin thun oder auch in einem von ihr besonders erwirkten Termin, zu welchem sie den Gegner laden muß. In diesem Termin wird zunächst über das Vorhandensein der Voraussetzungen der Inzidentrestitution verhandelt, eventuell werden die neuen Beweismittel geltend gemacht oder auch ohne solche aufs neue verhandelt. Die neuen Beweismittel und die ganze Verhandlung beschränken sich auf „die betreffende Beweisführung" [vgl. RG. 15. Mai 1885 Entsch. XIII Nr. 101 S. 379 ff.]. Zum Zwecke indirekter Beweisführung über das unter Eid gestellte thema probandum können jedoch auch neue Behauptungen vorgebracht und erwiesen werden [OLG. Dresden Arch. f. c.

Pr. LXVIII S. 408 ff.]. Natürlich kann auch Eideszuschiebung und Zurückschiebung an den Successor des weggefallenen Schwurpflichtigen erfolgen, wenn dieselbe nach §§ 410, 413 zulässig ist. Erachtet das Gericht die Voraussetzungen § 433 Abs. 1 nicht für gegeben (z. B. es hält dafür, daß der Schwurpflichtige die Eidesfähigkeit nicht verloren hat), so weist es den Antrag auf Aufhebung des Urteils ab. Diese Entscheidung ist Endurteil; wäre sie Beschluß, so würde dann, wenn das vorherige bedingte Urteil rechtskräftig wäre, eine Anfechtung überhaupt unmöglich sein (Beschwerde ist wegen der Notwendigkeit mündlicher Verhandlung unzulässig). Das Urteil ist appellabel und revisibel [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 13. AM. Gaupp II S. 417]. Hält das Gericht die Voraussetzungen des § 433 Abs. 1 für gegeben, so erläßt es nach weiterer Beweisaufnahme oder auch ohne solche nach Lage der Sache neues Urteil zur Sache, welches ebenfalls appellabel und revisibel ist. Zwischenurteil ist möglich, aber nicht notwendig.

Die Versäumung des Termins ist folgendermaßen zu behandeln: a) Die Partei, welche bezüglich der unter Eid gestellten Thatsache beweispflichtig ist, bleibt aus. Dann ist zu unterscheiden: α) Das Gericht erachtet die Voraussetzungen des § 433 Abs. 1 nicht für gegeben. Dann erläßt es ein das frühere Urteil bestätigendes Urteil. Dieses Urteil ist, wie die absolutio ab instantia, auch dem Nichterschienenen gegenüber kein Versäumnisurteil (vgl. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 295, Bem. Nr. 2 zu § 296). β) Das Gericht erachtet die Voraussetzungen des § 433 für gegeben. Dann ist, da die Quasirestitution ipso iure (nicht wie im Falle des § 432 bloß auf Antrag) eintritt, ein neues Urteil zu fällen, bei welchem die unter Eid gestellte Thatsache als unbewiesene behandelt wird. Dieses Urteil ist gegenüber dem Ausgebliebenen Versäumnisurteil und von seiner Seite mit Einspruch anfechtbar. b) Der Gegner der Partei, welche bezüglich der betreffenden Thatsache beweispflichtig ist, bleibt aus. α) Das Gericht erachtet die Voraussetzungen des § 433 Abs. 1 nicht für gegeben. Dann ist wie im Falle ad aα zu entscheiden. β) Das Gericht erachtet die Voraussetzungen des § 433 Abs. 1 für gegeben. Dann ist ein neues Urteil unter der Annahme zu fällen, daß die früher unter Eid gestellte Thatsache zugestanden sei. Dieses Urteil ist Versäumnisurteil gegenüber der ausgebliebenen Partei und von ihrer Seite mit Einspruch anfechtbar. Die Beschränkung der Versäumnisfolge in den Fällen ad aβ und bβ rechtfertigt sich daraus, daß das bedingte Endurteil durch die Thatbestände des § 433 Abs. 1 nicht vollständig, sondern nur hinsichtlich der Beweisführung der unter Eid gestellten Thatsache beseitigt wird. [Zustimmend im wesentlichen: Struckm. Koch N. 2 Abs. 3, Barkhausen Ztschr. f. d. CPr. XXVII S. 821, Jastrow eod. S. 788. AM. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 325 ff. (gegen jedes Vers.Urteil).]

Anders, wenn der Eid durch bedingtes Zwischenurteil auferlegt ist; nach einem Zwischenurteil ist bei Versäumung eines Verhandlungstermins noch Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 möglich.

2. Über Abs. 2 vgl. § 422 und Bem. Nr. 2 zu §§ 422, 423.

§ 434.

Der Eid über eine Thatsache, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einfluß ist, muß allen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern nicht rücksichtlich einzelner Streitgenossen die Zuschiebung oder Zurückschiebung unzulässig ist. In jedem Falle bedarf es zur Zuschiebung oder zur Zurückschiebung der übereinstimmenden Erklärung aller Streitgenossen. Über die

Annahme des Eides haben sich nur diejenigen Streitgenossen zu erklären, welchen der Eid zugeschoben ist.

Ist der von allen oder von einigen Streitgenossen zu leistende Eid von einem oder mehreren derselben, oder ist der von einem Teile der Streitgenossen zu leistende Eid von allen Schwurpflichtigen verweigert oder als von ihnen verweigert anzusehen, so entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, ob die Behauptung, deren Beweis durch Eideszuschiebung angetreten ist, für wahr zu erachten sei. Erklären einzelne Streitgenossen, daß sie den Eid nicht leisten werden, so ist in Ansehung der übrigen Streitgenossen die Leistung des Eides nicht anzuordnen oder der Eid nicht abzunehmen, sofern das Gericht denselben für unerheblich erachtet.

Mot. S. 285, 286. KPr. S. 180, 554.

1. In allen von der Bestimmung des § 434 nicht betroffenen Fällen der Streitgenossenschaft kann der Eid von jedem und an jeden einzelnen Streitgenossen zugeschoben werden; jeder Streitgenosse, welchem ein Eid zugeschoben, ist in seiner Erklärung auf die Zuschiebung von dem anderen unabhängig; die Eidesleistung oder Verweigerung jedes einzelnen Streitgenossen hat für ihn die Folgen der §§ 428, 429; diese Folgen wirken nicht auf die anderen Streitgenossen hinüber; es sind verschiedene Urteile gegen die Streitgenossen möglich (vgl. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 58).

2. Die Vorschriften des § 434 gelten für den Fall, daß der Eid über eine Thatsache zugeschoben oder zurückgeschoben wird, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einfluß ist. Es handelt sich um Prozesse, in welchen das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann — s. Bem. Nr. 3 ad a zu § 59 — und auch um die Fälle der sog. notwendigen Streitgenossenschaft — s. Bem. Nr. 3 ad b zu § 59 — immer unter der Voraussetzung, daß die Thatsache, über welche der Eid zu- oder zurückgeschoben wird, auf das nur einheitlich festzustellende Rechtsverhältnis — im Gegensatz zu der sog. Aktiv- oder Passivlegitimation ꝛc. — von Einfluß ist. Zwar scheint der Wortlaut des § 434 nur die in der ersten Alternative des § 59 angeführten Prozesse zu treffen; aber auch in den Fällen der sog. notwendigen Streitgenossenschaft handelt es sich um einheitlich festzustellende Rechtsverhältnisse [vgl. z. B. für den Fall der notwendigen Streitgenossenschaft mehrerer Miterben nach preuß. ALR. Eccius (Förster) IV § 271 S. 630 f.], weshalb § 430 darauf anwendbar ist. [So auch Gaupp II S. 420, v. Sarwey I S. 609, A. Förster N. 3, v. Amelunxen die notwendige Streitgenossenschaft S. 58. AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Wach Kr. VJSchr. XIV S. 348.]

Der von den mehreren Gesellschaftern geführte Prozeß einer offenen Handelsgesellschaft gehört, wenn man die Gesellschaft nicht als Rechtssubjekt und folglich die Gesellschafter nicht als gesetzliche Vertreter sondern als Parteien betrachtet, zu den von § 434 betroffenen Fällen (vgl. Bem. Nr. 3 ad a zu § 59). Wenn man dagegen die offene Handelsgesellschaft als Rechtssubjekt und folglich die prozeßführenden Gesellschafter als gesetzliche Vertreter betrachtete, so würde dem § 436 gemäß der § 434 nur entsprechend anwendbar sein. — Steht die selbständige (im Gegensatz zur kollektiven) Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu und wird der Prozeß unter der Firma der offenen Handelsgesellschaft thatsächlich nur von einem der Gesellschafter geführt (HGB. Art. 117), so muß der Eid gleichwohl an alle zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter zu- und zurückgeschoben werden. Hierfür ist es gleichgültig, ob man die Gesellschafter oder die Gesellschaft als Prozeßpartei betrachtet; denn ersterenfalls würden die Gesellschafter Streitgenossen, letzterenfalls aber würde eine Mehrheit von

gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft vorhanden sein, auf welche gemäß § 436 der § 434 wieder anwendbar wäre. Bestritten ist, ob, wenn von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter vorhanden sind (HGB. Art. 86 Nr. 4, Art. 99), der Eid nur den zur Geschäftsführung berechtigten oder auch den davon ausgeschlossenen Gesellschaftern zu- und zurückgeschoben werden muß. Da die Leistung eines Parteieides ein Akt der Prozeßführung ist, die Prozeßführung in Gesellschaftsprozessen aber den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern nicht zusteht (HGB. Art. 117), so wird man die Eidespflicht auf die von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter beschränken müssen. [Im Resultate ebenso Struckm. Koch N. 1 zu § 436, Wilm. Levy N. 1 zu § 435, A. Förster N. 9 zu § 434, v. Hahn Komm. z. HGB. 3. Aufl. Art. 117 § 3, Makower Komm. z. HGB. 9. Aufl. S. 138 Nr. 49 litt. c, Renaud das Recht der Komm. Ges. S. 380, Behrend Lehrb. d. HR. I § 74 bei N. 7 S. 526, Eccius Ztschr. f. d. g. HR. XXXII S. 17, ROHG. 3. Febr. 1876 Entsch. XXI Nr. 110 S. 343 ff. (vgl. auch Entsch. VI Nr. 21 S. 111, X Nr. 75 S. 335, RG. 11. Febr. 1882 SA. XXXV Nr. 231, 29. März 1884 Jur. WSchr. 1884 S. 171 ff., 9. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 5 S. 20 (beiläufig). AM. Keyßner Ztschr. f. d. g. HR. X S. 374, Thöl HR. 6. Aufl. § 96 S. 329, Voigtel Centr. Org. NF. V S. 356 (wo auch frühere Rechtsprechung verzeichnet ist), Wach Handb. I S. 531 und Ztschr. f. d. CPr. IX S. 533 ff., Planck Lehrb. I S. 211 N. 12, Gierke Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 600, SA. XI Nr. 196, XVIII Nr. 99, XXVI Nr. 291, XXVIII Nr. 168, XXXV Nr. 239, XXXIX Nr. 122.] Schwurpflichtig sind die Gesellschafter, welche im Zeitpunkt der Eidesleistung zur Geschäftsführung berechtigte Gesellschafter sind. [So auch Behrend a. a. O. N. 7, Renaud a. a. O. S. 381, Gierke a. a. O. S. 599, ROHG. 28. Jan. 1873 Entsch. IX Nr. 5 S. 18, 3. Mai 1875 XVI Nr. 100 S. 396, 26. Juni 1886 XX Nr. 54 S. 181, RG. 29. März 1884 Jur. WSchr. 1884 S. 171 ff., 9. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 5 S. 20, OAG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXIX S. 453 f.] Beim Ausscheiden eines Gesellschafters kann § 433 anwendbar werden [RG. 29. März 1884 Jur. WSchr. 1884 S. 171 ff., vgl. a. RG. 9. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 5 S. 21], während beim Eintritt eines neuen Gesellschafters entsprechende Ergänzung des den Eid auferlegenden Beweisbeschlusses oder Urteils stattfindet. Der Eid kann dem Gesellschafter nicht bloß über eigene Handlungen und Wahrnehmungen sondern auch über Handlungen und Wahrnehmungen eines anderen Gesellschafters zugeschoben werden, da ein Gesellschafter Vertreter des anderen ist (vgl. jedoch Bem. Nr. 1 zu § 436). [So auch Gierke a. a. O. S. 599 N. 3, ROHG. 10. Mai 1872 Entsch. VI Nr. 21 S. 109 ff., 21. Juni 1873 X Nr. 75 S. 334 ff. RG. 2. Mai 1883 Entsch. XII Nr. 3 S. 13. AM. OLG. Kiel SA. XL Nr. 221.] Im Stadium der Liquidation einer offenen Handesgesellschaft sind die Liquidatoren und nur sie zur Prozeßführung über das Gesellschaftsvermögen berechtigt (HGB. Art. 137); daher sind sie und sie allein eidespflichtig. [Vgl. Thöl a. a. O. S. 337, ROHG. 25. Juni 1873 Entsch. X Nr. 80 S. 356 ff., 16. Jan. 1874 XII Nr. 70 S. 215 ff., 17. Febr. 1877 XXI Nr. 124 S. 389 ff., 30. März 1878 XXIII Nr. 103 S. 311 f., RG. 11. Febr. 1880 SA. XXXV Nr. 231, 29. März 1884 Jur. WSchr. 1884 S. 171 ff. AM. Gierke a. a. O. S. 601, Wach Ztschr. f. d. CPr. IX S. 451 ff.]

3. Für den in Bem. Nr. 2 erörterten Fall gelten folgende Vorschriften:

a) Der Eid muß von allen Streitgenossen zugeschoben werden.

b) Der Eid muß allen Streitgenossen zugeschoben werden, soweit dies mit Rücksicht auf § 410 möglich ist.

c) Der Eid muß von allen Streitgenossen zurückgeschoben werden. Auch diejenigen

Streitgenossen, denen der Eid nicht zugeschoben zu werden brauchte, müssen in die Zurückschiebungserklärung einstimmen.

d) Der Eid muß allen Streitgenossen zurückgeschoben werden, soweit dies mit Rücksicht auf §§ 410, 413 möglich ist. Jede diesen Sätzen ad a—b nicht entsprechende Zuschiebung oder Zurückschiebung ist als nicht geschehen zu behandeln.

e) Der Eid muß von allen Streitgenossen angenommen werden, denen er zugeschoben ist. Streitgenossen, denen der Eid nach § 410 nicht zuzuschieben ist, brauchen der Annahme nicht zuzustimmen und können ihr nicht widersprechen. Wird der Eid nur vom einen Teil der Delaten angenommen, von anderen aber verweigert oder (ungültiger Weise!) referiert, so kann das Gericht den Annehmenden den Eid auferlegen, wenn es die Eidesleistung noch für erheblich erachtet, hat aber auch noch nach der Eidesleistung freie Beweiswürdigung.

f) Bei Eidesverweigerung seitens eines Teils von mehreren schwurpflichtigen Streitgenossen finden die Vorschriften der §§ 428, 429 nicht Anwendung; es greift Freiheit der Beweiswürdigung Platz. In der Durchführung wird dieser Satz mit dem Prinzip des bedingten Endurteils kollidieren; es wird oft ganz unmöglich sein, die Konsequenzen der verschiedenen Eventualitäten von vorneherein unter freier Beweiswürdigung zu bestimmen.

g) Steht die Eidesverweigerung seitens eines Teils von mehreren schwurpflichtigen Streitgenossen fest, so braucht das Gericht die übrigen nicht mehr zu beeidigen. Denn, auch wenn die übrigen schwören, so hat das Gericht doch die freie Beweiswürdigung. Es kann also den Eid der übrigen schon im voraus für unerheblich erachten.

h) Leisten alle schwurpflichtigen Streitgenossen den Eid, so tritt die Wirkung des § 428 ein, auch wenn die Schwurpflichtigen nur ein Teil der Streitgenossen sind.

i) Verweigern alle schwurpflichtigen Streitgenossen den Eid, so ist zu unterscheiden: α) allen Streitgenossen war der Eid auferlegt, dann tritt die Wirkung des § 429 ein; β) die Schwurpflicht traf nur einen Teil der Streitgenossen, dann tritt Freiheit der Beweiswürdigung ein (KPr. S. 180).

4. Wegen Anwendung des § 434 auf den Nebenintervenienten des § 66 s. Bem. Nr. 3 litt. d zu § 66.

§ 435.

Ist eine Partei nicht prozeßfähig, so ist die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides nur an ihren gesetzlichen Vertreter und nur insoweit zulässig, als die vertretene Partei, wenn sie den Prozeß in Person führte, oder der Vertreter, wenn er selbst Partei wäre, dieselbe zulassen müßte.

Minderjährigen, welche das sechzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, oder Verschwendern, kann über Thatsachen, welche in Handlungen derselben bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind, der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern dies von dem Gericht auf Antrag des Gegners nach den Umständen des Falles für zulässig erklärt wird.

Mot. S. 286. KPr. S. 180, 554.

1. Die Motive bemerken: „Die CPrO. geht davon aus, daß alle prozeßfähigen Parteien eidesfähig sind, und schreibt daher keinen Termin der Eidesmündigkeit für Parteieide vor. Auch giebt sie keine Vorschrift über Eidesunfähigkeit wegen Verstandesschwäche oder fehlender Verstandesreife."

2. Zu Abs. 1: Wegen der Prozeßfähigkeit s. §§ 50 ff. — Übersicht der Prozeßunfähigen s. Bem. Nr. 2 zu § 50. Bei teilweiser Prozeßfähigkeit ist die für den konkreten Prozeß prozeßfähige Person auch eidesfähig (s. Bem. Nr. 3 zu § 50). — Über den Begriff „gesetz-

liche Vertreter" s. Bem. Nr. 4 zu § 50. — Namens einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft werden Eide durch den Vorstand geleistet (HGB. Art. 227 in d. Fass. d. RG. v. 18. Juli 1884, Genoss.-Ges. v. 4. Juli 1868 § 22).

Dem gesetzlichen Vertreter kann der Eid zugeschoben und mit der Maßgabe des § 413 Abs. 2 zurückgeschoben werden: a) über seine eigenen Handlungen und Wahrnehmungen [vgl. RG. 15. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 73 S. 304, wo die Zuschiebung des Eides über die exc. plurium concumbentium an die Mutter des unehelichen Kindes, welche als Vormünderin auf Anerkennung der Vaterschaft geklagt hat, für zulässig erklärt wird]; b) über Handlungen und Wahrnehmungen seiner Rechtsvorgänger in der Vertreterstellung (z. B. des früheren Vormunds, des früheren Gemeindevorstands) und seiner Vertreter im Sinne des § 410 (vgl. Bem. Nr. 3 ad c und d zu § 410); c) über eigene Handlungen und Wahrnehmungen der vertretenen Partei, z. B. dem Vormund über Handlungen und Wahrnehmungen des Mündels, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben in die Zeit der Vormundschaft fallen; d) über Handlungen und Wahrnehmungen der Rechtsvorgänger und der Vertreter der vertretenen Partei. Daher kann z. B. dem Vormund der Eid zugeschoben werden über eine an den Erblasser seines Mündels geleistete Zahlung. In den Fällen ad b, c, d hat der gesetzliche Vertreter den Überzeugungseid in der Norm des § 424 Abs. 3 zu leisten.

3. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Es wird dem verständigen Ermessen des Gerichts überlassen bleiben können, ob mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Falles die Eidesleistung durch den Minderjährigen und Verschwender für unbedenklich und zugleich für angemessener zu erachten ist, als die Eidesleistung durch den gesetzlichen Vertreter, z. B. wenn der Minderjährige den Wahrheitseid, dessen Vormund aber nur den Überzeugungseid über eine Handlung des ersteren zu schwören hat."

In dem amtlichen Druckfehlerverzeichnis sind die Worte „und zugleich für angemessener" und „als die — zu schwören hat" gestrichen. Darauf hin wird behauptet [v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 286 ff. u. Komm. Bem. Nr. 3 zu § 435], daß das Gericht nur die Zulässigkeit der Eideszuschiebung mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Minderjährigen rc. zu prüfen, bei Bejahung der Zulässigkeit aber nicht weiter die Angemessenheit zu untersuchen habe. Die Worte „nach den Umständen des Falles" vertragen diese beschränkende Auslegung nicht. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 425, Petersen S. 662, A. Förster N. 4 d, Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 323.]

Der Antrag kann in der mündlichen Verhandlung bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, gestellt werden. Zwischenurteil ist möglich, nicht notwendig. Der Antrag ist als neue Beweisantretung auch in zweiter Instanz möglich. Giebt das Gericht dem Antrag statt, so hängt die Entscheidung von der Eidesleistung oder -verweigerung des Nichtprozeßfähigen ab.

Analoge Anwendung des Abs. 2 des § 435 auf den Gemeinschuldner in Prozessen des Konkursverwalters [behauptet von Schultze Konk.-Recht S. 96 f. N. 1, unter Zustimmung von Fitting Konk.-Pr. § 7 N. 17, v. Völderndorff KO. 2. Aufl. I S. 167, Petersen Ztschr. f. d. CPr. IX S. 63] ist unstatthaft; denn der Gemeinschuldner ist nicht prozeßunfähig und der Verwalter ist nicht Vertreter des Gemeinschuldners sondern der Gläubiger (vgl. die Citate in Bem. Nr. 2 g. E. zu § 50). [Im Resultate ebenso Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy KO. § 8 N. 4, Hartmann Ztschr. f. d. CPr. IX S. 501.]

4. Entsprechende Anwendung findet § 435 auf den richterlichen Eid (§ 439, vgl. Bem. Nr. 1 litt. f dazu) und auf den Editionseid (§ 393 Abs. 3). Der Offenbarungseid ist von dem gesetzlichen Vertreter der prozeßunfähigen Partei zu leisten; das folgt aber nicht aus entsprechender Anwendung des § 435 Abs. 1, sondern daraus, daß der gesetzliche Vertreter gleich der Partei behandelt wird. Abs. 2 des § 435 ist auf den Offenbarungseid nicht anwendbar (vgl. Bem. Nr. 6 zu § 711).

§ 436.

Sind mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden, so finden die Vorschriften des § 434 entsprechende Anwendung. Betrifft der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter, so ist er von den übrigen nicht zu leisten.

KPr. S. 180, 554.

1. Der § 436 findet sowohl Anwendung auf den Fall, daß mehrere Personen zur gemeinschaftlichen (Kollektiv-) Vertretung berufen sind (z. B. Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft), wie auch auf eine Mehrheit gesetzlicher Vertreter, von denen jeder zur selbständigen Vertretung befugt ist (z. B. Mitvormünder). Der Eid muß den sämtlichen Vertretern zu- und zurückgeschoben werden, auch wenn nur einer der zur selbständigen Vertretung befugten den Prozeß führt. Eine Ausnahme enthält der Schlußsatz. Sind mehrere Vertreter vorhanden und ist die zu beschwörende Thatsache für einen oder einige der Vertreter factum proprium (§ 435 Bem. Nr. 2 ad a), für andere derselben factum alienum (§ 435 Bem. Nr. 2 ad b, c, d), so kann der Eid von den letzteren nicht gefordert werden. In diesem Punkte ergiebt sich, wenn man die offene Handelsgesellschaft als Rechtssubjekt und die Gesellschafter als dessen gesetzliche Vertreter betrachtet, eine Differenz gegenüber der in Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 434 vorgetragenen Ansicht, daß einem Gesellschafter auch über die Handlungen des anderen der Eid zugeschoben werden kann; wäre der Gesellschafter gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, so würde er in Bezug auf Handlungen und Wahrnehmungen eines anderen Gesellschafters nicht eidespflichtig sein, solange dieser andere vorhanden und schwurpflichtig ist.

2. Wird der Eid von allen gesetzlichen Vertretern geleistet, welche nach § 435 schwurpflichtig sind, so wird durch Leistung des Eides voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet. Auch im übrigen findet Bem. Nr. 3 zu § 434 entsprechende Anwendung.

§ 437.

Ist das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, so kann das Gericht der einen oder der anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auferlegen.

Mot. S. 286, 287. KPr. S. 180—182, 554, 693, 694. Prot. d. 168sten Sitz. S. 4 ff.

1. Die Motive bemerken: „Nach gemeinem Prozeßrecht dient der richterliche Eid zur Ergänzung oder zur Beseitigung der Ergebnisse eines unvollständigen Beweises; die Auferlegung des richterlichen Eides setzt voraus, daß eine Beweisführung erfolgt ist. Diese Auffassung, welche auch den neueren deutschen Prozeßgesetzen und Entwürfen — mit Ausnahme des nordd. Entw. § 633 — zu Grunde liegt, ist durch die Annahme des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung unhaltbar geworden. Denn, konsequent durchgeführt, fordert dieser Grundsatz, daß dem Richter die Befugnis erteilt werde, ohne vorgängige Beweisaufnahme, schon auf Grund der vor ihm stattgehabten Verhandlungen einen Eid aufzuerlegen, fordert ferner, daß, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, dem freien richterlichen Ermessen überlassen werde, zu bestimmen, welcher Partei und über welche streitige Thatsache der Eid aufzuerlegen sei. Dem entsprechend ist die Vorschrift des nordd. Entw. § 633 formuliert. Das Gesetz hat sich dieser Vorschrift im § 437 angeschlossen."

Der richterliche Eid ist nicht, wie der Haupteid, ein subsidiäres Beweismittel; das Gericht ist nicht genötigt, vor der Auferlegung eines richterlichen Eides die übrigen zulässigen

Beweismittel zu erschöpfen; es kann vielmehr mit Hinwegsetzung über das Angebot anderer Beweismittel zur Auferlegung des richterlichen Eides schreiten, wenn nach seiner Ansicht ein unvollständiger Beweis vorliegt. Das Gericht kann insbesondere, wenn ein Haupteid zu- oder zurückgeschoben ist, einen richterlichen Eid auferlegen. Die Eideszu- und -zurückschiebung tritt vor dem richterlichen Eid zurück (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 418; Mot. S. 287). In thesi dürfte eigentlich das Gericht, wenn die Voraussetzungen des richterlichen Eides vorliegen, einen Haupteid gar nicht auflegen [vgl. Wach Kr. VJSchr. XV S. 343]; das ist aber in praxi deswegen nicht bedeutsam, weil das Gericht vermöge der freien Beweiswürdigung es ganz und gar in der Hand hat, das Vorhandensein eines ihm zur Auflage des richterlichen Eides genügenden unvollständigen Beweisergebnisses zu negieren. Daß der richterliche Eid nicht subsidiär gegenüber anderen Beweismitteln ist, wird durch die Geschichte des Gesetzes bestätigt. Ein in der JK. d. RT. gemachter Versuch, durch einen Zusatz zu § 437 („Von dieser Befugnis darf erst dann Gebrauch gemacht werden, wenn sich die Beweisaufnahme auf die übrigen zulässigen Beweismittel mit Ausnahme des zugeschobenen Eides erstreckt hat") den richterlichen Eid zu einem subsidiären Beweismittel zu machen, wurde als mit § 259 unvereinbar vom Bundesrat beanstandet und nachträglich aufgegeben (Prot. d. 168. Sitz. S. 4—6). Immerhin setzt die Auflage eines richterlichen Eides voraus, daß, sei es aus der Verhandlung, sei es aus einer etwaigen Beweisaufnahme, irgend ein „*Ergebnis*", welches zwar für die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache einigermaßen bedeutsam, aber doch „*nicht ausreichend*" ist, also ein *unvollständiger Beweis* oder *Gegenbeweis*, vorliege. Die Gründe, welche für die richterliche Überzeugung von dem Vorhandensein eines solchen Ergebnisses leitend gewesen sind, sind nach § 259 Abs. 1 in dem Urteile anzugeben. Darin liegt eine gewisse Garantie gegen den Mißbrauch der Freiheit des richterlichen Ermessens.

2. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Beweislast werden durch die CPrO. überhaupt nicht berührt (s. o. S. 332); sie sind auch bei der Auferlegung eines richterlichen Eides zu berücksichtigen. Darum kann von einem richterlichen Eid nicht die Rede sein, wenn zu Gunsten des Beweispflichtigen kein Beweis, wohl aber einiger Beweis zu Gunsten des Gegners erbracht und *der Haupteid von dem Beweispflichtigen nicht zugeschoben ist*. Der Gegner des Beweispflichtigen kann dadurch, daß er einigen Gegenbeweis liefert, nicht schlechter gestellt werden, als wenn er keinen Gegenbeweis geliefert hätte. Gleichwie im letzteren Fall die Unwahrheit der Behauptung des Beweispflichtigen anzunehmen, so ist auch im ersteren nach der Regel „actore non probante reus absolvitur" zu verfahren. Ist dagegen der Haupteid zulässiger Weise zugeschoben, dann kann das Gericht allerdings, wenn einiger Gegenbeweis erbracht ist, zu einem richterlichen Eide greifen; und zwar hat es freie Wahl zwischen der Auferlegung des richterlichen Eides an den Beweispflichtigen (i. purgatorium zum Gegenbeweis) oder an den Gegner (i. suppletorium zum Gegenbeweis); das Gericht kann also in diesem Fall auch zur Beseitigung oder Ergänzung eines Gegenbeweises auf richterlichen Eid erkennen. Nun heißt es in den *Motiven* S. 287:

> „Der richterliche Eid ist seinem Zwecke nach derjenigen Partei aufzuerlegen, durch deren eidliche Versicherung der Richter die ihm noch fehlende Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Thatsache zu gewinnen vermag. Darauf, ob diese Partei die beweispflichtige ist oder nicht, kann es nicht ankommen. Eine Beschränkung des richterlichen Eides aus Rücksicht auf die Beweispflicht — der Ausschluß desselben, wenn er nicht der beweispflichtigen Partei auferlegt werden kann, würde von dem Standpunkte des Gesetzes aus nicht zu rechtfertigen sein."

und S. 202 ist bemerkt, daß eine Entscheidung über die Beweislast nicht erforderlich sei, wenn soviel erwiesen sei, daß das Gericht zur Auferlegung eines richterlichen Eides gelange;

denn die Entscheidung darüber, wem ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, sei von der Beantwortung der Frage, wer zu beweisen habe, unabhängig. Ob die Verfasser der Motive in der That die Ansicht vertreten wollten, daß das Gericht, auch wenn der Haupteid nicht zugeschoben ist und der Gegner des Beweispflichtigen einigen Gegenbeweis erbracht hat, zur Auferlegung des richterlichen Eides schreiten könne, mag dahingestellt bleiben. Notwendig ist es nicht, die citierte Äußerung in diesem Sinne zu verstehen; vielmehr ist wahrscheinlich, daß die Verfasser nur den regelmäßigen Fall vor Augen hatten, in welchem eventuell der Haupteid seitens des Beweispflichtigen zugeschoben ist, und daß sie nur sagen wollten, in diesem Fall habe das Gericht die Wahl zwischen Auflage des Eides an den Beweispflichtigen oder an dessen Gegner — in der Sprache des früheren Prozeßrechts gesprochen: zwischen iuramentum suppletorium und purgatorium —, was hervorzuheben mit Rücksicht auf die gegenteiligen Bestimmungen in Code de proc. art. 1366, 1367, bayer. PrO. Art. 469 und auf hann. Prot. S. 2986 ff. keineswegs überflüssig erschien. Welches aber auch die Ansicht der Verfasser der Motive gewesen sein mag, der maßgebende Gesetzestext berechtigt in keinem Fall zu der Annahme, daß der Richter bei Auferlegung des richterlichen Eides sich über die Regeln der Beweislast und der Logik hinwegsetzen dürfe. [Zustimmend Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 428, Hellmann Komm. II S. 354 f. u. Lehrb. S. 596, Petersen S. 664, Wach Vortr. S. 175, Kühn Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 38 ff., Wendt Arch. f. c. Pr. LXIII S. 276 f., RG. 24. Okt. 1885 SA. XLI Nr. 140. Unrichtig Bolgiano Arch. f. c. Pr. LVIII S. 276 ff., LIX S. 212, Handb. S. 510 ff., Ztschr. f. d. CPr. II S. 101 ff., u. XI S. 275 ff.]

3. Die Motive bemerken: „Hat ein Beweisaufnahmeverfahren stattgefunden, so ist der Richter bei Auferlegung eines richterlichen Eides nicht an diejenige Thatsache gebunden, welche in dem Beweisbeschlusse enthalten ist; er kann die eidliche Erhärtung einer für den Beweissatz nur mittelbar erheblichen Thatsache verlangen, wenn eben die Feststellung dieser Thatsache ihm die Möglichkeit gewährt, sich die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der unmittelbar erheblichen Thatsache zu verschaffen (vgl. nordd. Prot. II S. 1030)."

4. Die Motive bemerken: „Für den richterlichen Eid besteht die Beschränkung des § 410 nicht. Dem Richter steht es frei, wenn er das Glauben, das Nichtwissen oder das Nichtglauben einer Partei für die Erlangung der Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache für erheblich erachtet, von dieser Partei einen Eid in der Form des Überzeugungseides zu fordern. Die Gründe für die Beschränkung der Ignoranz- und Glaubenseide treffen nur die Eideszuschiebung (vgl. nordd. Prot. II S. 1031)." [Vgl. RG. 9. Febr. 1883 SA. XXXVIII Nr. 356, 14. Jan. 1885 Entsch. XIV Nr. 87 S. 340.]

Die Beschränkung auf „Thatsachen" im Sinne der Bem. Nr. 2 zu § 410 gilt auch für den richterlichen Eid. (Ausnahme: § 260.) Daß richterlicher Eid nur über die von den Parteien behaupteten Thatsachen statthaft ist, folgt aus der Verhandlungsmaxime [vgl. RG. 23. Apr. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1153].

5. In Entmündigungsprozessen ist der richterliche Eid ausgeschlossen (§§ 611 Abs. 2, 624, 626); nicht in Ehesachen (s. Bem. Nr. 4 zu § 577); nicht in dem Verfahren über die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (s. Bem. Nr. 8 litt. c zu § 261). [Vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 412.]

6. Aufgehoben sind alle landesgesetzlichen Beschränkungen des richterlichen Eides (z. B. preuß. ALR. I 4 § 50, 12 § 603, 14 § 37, II 11 § 868), sowie alle landesgesetzlichen Bestimmungen, welche die Auflage eines solchen Eides unter gewissen Voraussetzungen gebieten (z. B. preuß. ALR. I 16 §§ 99, 100, 106, 133, 137, 138, 390, 391 rc.). Vgl. EG. § 14 Nr. 2. Aufgehoben ist auch HGB. Art. 34 durch EG. § 13 Abs. 2 Nr. 2.

§ 438.

Der richterliche Eid kann allen Streitgenossen oder gesetzlichen Vertretern, er kann einigen oder einem derselben auferlegt werden.

Mot. S. 287. KPr. S. 182, 554.

1. Die Vorschrift ist nach den Motiven eine Konsequenz der Auffassung des richterlichen Eides als eines dem richterlichen Ermessen freigegebenen Beweisbehelfes. Die Vorschrift erstreckt sich auch auf solche Streitgenossenschaft, in welcher nicht einheitliche Entscheidung erfolgen muß; denn wie das Gericht in diesen Fällen Geständnisse eines Streitgenossen gegenüber dem anderen bei der Beweiswürdigung verwerten kann (s. Bem. Nr. 2 zu § 58), so kann es auch die Entscheidung von der Eidesleistung oder -verweigerung des anderen Streitgenossen abhängig machen, wenn die zu beschwörende Thatsache den mehreren Streitgenossen gegenüber relevant ist. [AM. nur A. Förster N. 2.] — Einen Fall der Anwendung des § 438 s. RG. Entsch. XII S. 10 ff.

2. Bei der Auferlegung des richterlichen Eides ist das Gericht nicht an die Vorschrift des § 436 Satz 2 gebunden. Es kann also auch einem gesetzlichen Vertreter den Wahrheitseid, einem anderen den Überzeugungseid auferlegen.

§ 439.

Die Bestimmungen der §§ 422—433, 435 finden auf den richterlichen Eid entsprechende Anwendung.

Ist der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt, so ist der Antrag des Gegners, den richterlichen Eid zurückzunehmen, gerechtfertigt, wenngleich der Gegner schon vor der Auferlegung des Eides von dieser Verurteilung Kenntnis gehabt hat.

Der richterliche Eid wird durch bedingtes Urteil auferlegt.

Mot. S. 287. KPr. S. 182—187, 554.

1. Bei entsprechender Anwendung der §§ 422—433 ergeben sich folgende Sätze:

a) Aus §§ 422, 432 in Verbindung mit § 439 Abs. 2: Ist der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt, so kann der Gegner die Zurücknahme des richterlichen Eides beantragen, auch wenn das bedingte Urteil schon rechtskräftig ist. Es macht hier keinen Unterschied, ob der Gegner schon vor der Auferlegung des Eides von dieser Verurteilung Kenntnis hatte oder nicht. Sind die Voraussetzungen des Antrags gegeben, so wird Inzidentrestitution gegen das bedingte Urteil gewährt; es ist mit Beschränkung auf die unter Eid gestellte Thatsache die Verhandlung wieder zu eröffnen. Der Eintritt dieser Restitution ist sowenig, wie im Falle des § 422, abhängig vom richterlichen Ermessen. Aber das Gericht kann gemäß § 437 aufs neue auf einen richterlichen Eid erkennen und auch dem Verurteilten, der ja durch die Verurteilung nicht unfähig zum richterlichen Eide wird, denselben Eid wie früher auferlegen. Insofern ist also das Gericht nicht gebunden, dem Antrag, auch wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, eine materielle Folge zu geben. Die Worte „so ist der Antrag — gerechtfertigt" dürfen hieran nicht irre machen. Sie drücken nur aus, daß das frühere Urteil formell beseitigt ist, ohne auszuschließen, daß ein neues Urteil gleichen Inhalts erlassen werde (KPr. S. 182 f.). Auf das Verfahren finden die Bem. Nr. 3 u. 4 zu § 432 entsprechende Anwendung. Nach Leistung des Eides ist der Antrag auf Zurücknahme des Urteils nicht mehr möglich.

b) § 423 hat keinen Bezug auf den richterlichen Eid.

c) Aus § 424: Der richterliche Eid muß in einer der Formen des § 424 auferlegt

werden. Über ein factum alienum kann niemals ein Wahrheitseid auferlegt werden. Wohl aber kann über ein factum proprium der Überzeugungseid in der Form des § 424 Abs. 2 auferlegt werden.

d) Aus §§ 425, 426 in Verbindung mit § 439 Abs. 3: Der richterliche Eid kann nicht durch Beweisbeschluß, sondern nur durch bedingtes Zwischen- oder Endurteil (natürlich auch Teilurteil) auferlegt werden. In jedem Fall erfolgt die Eidesleistung erst nach Rechtskraft des Urteils, also bei Zwischenurteilen nach Maßgabe des § 426 Abs. 2 [vgl. RG. 7. März 1882 SA. XXXVII Nr. 267]. Im Zwischenstreite unter den Parteien (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 3 zu § 275) ist bedingtes Zwischenurteil nach § 426 Abs. 1 unzulässig, bedingtes Endurteil aber in Verbindung mit der bedingten Entscheidung des Zwischenstreits unter Umständen zwar möglich, aber von geringer praktischer Bedeutung (s. Bem. Nr. 2 zu § 426).

e) Die §§ 427—431, 433 passen ohne Änderung auf den richterlichen Eid. [Über Anwendung des § 433 auf den richterl. Eid s. RG. 6. Okt. 1882 SA. XXXIX Nr. 60].

f) Zur Anwendung des Abs. 2 des § 435 ist Parteiantrag nicht erforderlich.

2. Die Punkte, in denen der richterliche Eid von dem zugeschobenen Eid sich hauptsächlich unterscheidet, sind: a) Die Beschränkungen des § 410 gelten nicht für den richterlichen Eid (vgl. jedoch Bem. Nr. 4 zu § 437). b) Der richterliche Eid wird ohne Antrag auferlegt und kann nicht zurückgeschoben werden. c) An Stelle des § 434 tritt der § 438.

Elfter Titel.

Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

„Die Vorschriften der §§ 440—446 gelten sowohl für die Eide, welche die Parteien als zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid, als richterlichen Eid, Editionseid, Offenbarungseid (§§ 711, 769, 780 ff.) als Mittel zur Glaubhaftmachung (§ 266), als auch für diejenigen Eide, welche dritte Personen, Zeugen und Sachverständige zu leisten haben." (Mot. S. 287.)

§ 440.

Der Eid muß von dem Schwurpflichtigen in Person geleistet werden.

Mot. S. 287, 288. KPr. S. 186, 187, 554.

1. Der § 440 beseitigt die Ableistung von Eiden durch einen Bevollmächtigten, welche partikularrechtlich gestattet war. — § 435 Abs. 1 enthält keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 440, weil der gesetzliche Vertreter im Prozeß gleich der Partei behandelt wird.

2. Ausnahmen sind zulässig nach EG. § 5 in Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern, nicht in Ansehung der vormals reichsständischen Familien (KPr. z. CPrO. S. 756 ff., KPr. z. GVG. S. 133 ff., Sten. Ber. d. RT. II Leg. Per. 4 Sess. S. 391 ff.).

§ 441.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß die Eidesleistung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gerichte erfolge, wenn der Schwurpflichtige am Erscheinen vor dem Preßgerichte verhindert ist oder in großer Entfernung von dem Sitze desselben sich aufhält.

Die Eidesleistung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern erfolgt in der Wohnung derselben vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder vor einem anderen Gerichte.

Mot. S. 288. KPr. S. 187, 188, 554.

1. Zu Abs. 1: Von der Regel, daß die Eidesleistung vor dem Prozeßgericht erfolgt (§ 320), gestattet Abs. 1 des § 441 Ausnahmen wegen Verhinderung des Schwurpflichtigen (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 340) und wegen großer Entfernung (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 340). — Der Schwurtermin ist an der Gerichtsstelle abzuhalten, wenn nicht eine der in § 196 vorgesehenen Ausnahmen Platz greift.

2. Zu Abs. 2: Diese Ausnahme gilt im ganzen Reich und steht nicht im Ermessen des Gerichts. Unter dem „anderen Gericht" ist, wie in Abs. 1 des § 441 und in §§ 320, 337, 340, 399, das Amtsgericht zu verstehen (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 320). Die in der JK. d. RT. von einem Reg.-Komm. geäußerte Ansicht, nach § 441 Abs. 2 könne angeordnet werden, daß die Eidesleistung der Landesherren und Standesherren (!!) auch bei einem höheren Gericht erfolge, ist unrichtig. Nur innerhalb eines Bundesstaates kann für die Landesherren des betr. Staates und die Mitglieder ihrer Familien (nicht für Standesherren!) derartiges bestimmt werden (EG. § 5).

3. Die Anordnung, daß die Eidesleistung nach § 441 erfolge, ist stets Beschluß (§ 320 Abs. 2). Wird der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt, so ist sie damit zu verbinden; weiteres Verfahren s. §§ 326, 327. Wird der Eid gurch bedingtes Urteil auferlegt, so gehört jene Anordnung nicht in das Urteil, sondern ist erst nach Rechtskraft des Urteils zu beschließen [vgl. RG. 23. Okt. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1151]; weiteres Verfahren s. §§ 326, 327. Über das Erfordernis mündlicher Verhandlung vor dem Beschlusse s. Bem. Nr. 1 zu § 320. — Erhebt sich vor dem beauftr. od. ers. Richter ein Zwischenstreit (z. B. über Änderung der Eidesnorm § 431), so ist nach § 337 zu verfahren. Natürlich gilt für Eidestermine § 322; vgl. jedoch Bem. Nr. 2 zu § 322.

4. Wegen Eidesabnahme im Ausland s. §§ 328, 329, 334; spez. über Abweichung von § 441 bei der Eidesabnahme s. Bem. Nr. 1 zu § 334. Der § 20 des RKons.-Ges. v. 8. Nov. 1867 gestattet die Eidesleistung im Ausland vor den Reichskonsuln.

§ 442.

Vor der Leistung des Eides hat der Richter den Schwurpflichtigen in angemessener Weise auf die Bedeutung des Eides hinzuweisen.

Mot. S. 288. KPr. S. 188, 554.

1. „In angemessener Weise" d. i. unter Berücksichtigung des Bildungsstandes und der Persönlichkeit des Schwurpflichtigen (Mot. S. 288).

2. „Bedeutung des Eides" d. i. nicht bloß des Schwörens, sondern auch des Schwurthemas. Der Richter hat sich durch Fragen darüber Gewißheit zu verschaffen, daß die Eidesnorm richtig verstanden wird (KPr. S. 188).

3. Beiziehung von Geistlichen zur Belehrung ist durch § 442 ausgeschlossen [so auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Petersen S. 668. AM. Endemann II S. 357, v. Krävel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 270].

4. Sühneversuch vor der Eidesabnahme ist nicht vorgeschrieben.

§ 443.

Der Eid beginnt mit den Worten:

„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden"

und schließt mit den Worten:

„So wahr mir Gott helfe".

Mot. S. 288. KPr. S. 188–190, 550, 551, 554, 694, 695. Prot. z. StPrO. S. 55–58. **Vgl. StPrO. § 62.**

1. Durch § 443 sind die früher üblichen, dem religiösen Bekenntnisse des Schwurpflichtigen Rechnung tragenden Eidesformeln, insbesondere die sog. Judeneide, beseitigt. Das konfessionelle Element ganz aus der Eidesformel zu beseitigen, wurden mehrfache Versuche gemacht. (Vgl. KPr. S. 188, 189, 551, 554, 694—698. Sten. Ber. d. Reichst. II. Leg. Pr. 4 Sess. S. 231 ff., S. 889 ff.). Alle Anträge wurden abgelehnt und dabei die Unabänderlichkeit der Formel anerkannt. Es kann also die Erklärung des Schwurpflichtigen, nicht an einen persönlichen Gott zu glauben, denselben nicht der Notwendigkeit entheben, den Eid in der Formel des § 443 zu leisten. Der Zeuge oder Sachverständige, der sich weigert, den Eid in dieser Formel zu schwören, ist in Strafe zu nehmen; die Partei verwirkt die Folgen der Eidesweigerung. Die Berufung auf Verfassungsgesetze, welche die Freiheit des religiösen Bekenntnisses garantieren, kann hieran nichts ändern.

Eine Eidesleistung ohne die in §§ 443 gebotenen Formelworte ist ungültig; Ausnahme: § 446. Dagegen wird die Eidesleistung dadurch nicht ungültig, daß außer den gebotenen Formelworten noch weitere konfessionelle Bekräftigungen (z. B. „So wahr mir Gott helfe durch Jesum Christum zur ewigen Seligkeit" u. dgl.) zugefügt wurden; doch kann niemand genötigt werden, solche zusätzliche Formelworte zu schwören, und die Weigerung, dies zu thun, hat nicht die Wirkung der Eidesverweigerung, wenn der Schwurpflichtige zur Eidesleistung ohne die Zusätze zu schwören bereit ist. [Vgl. Wilm. Levy 4. Aufl. N. 1, Thilo Komm. z. StrPrO. § 63 N. 2, Löwe StrPrO. § 62 N. 2, preuß. JMV. v. 18. Dez. 1880 JMBl. S. 369 ff.; RG. 24. Jan. 1884 Entsch. in StrS. X S. 181 ff., Richter Lehrb. d. Kirch.-Rechts 8. Aufl. ed. Kahl § 261 N. 26.]

2. Über Eidesleistung im Ausland ohne die Formelworte 443 s. Bem. Nr. 1 zu § 334.

§ 444.

Der Eid wird mittels Nachsprechens oder Ablesens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel geleistet. Der Schwörende soll bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben.

Ist die Eidesnorm von großem Umfange, so genügt die Vorlesung der Eidesnorm und die Verweisung auf die letztere in der Eidesformel.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern leisten den Eid mittels Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.

Mot. S. 288. KPr. S. 190, 554, 699—701.

1. Ob die Eidesformel nachzusprechen oder abzulesen sei, entscheidet das Ermessen des Vorsitzenden. Ablesen empfiehlt sich bei Tauben und Schwerhörigen. — „Eidesnorm" s. §§ 324 Nr. 4, 424, 426, 427.

2. Die Vorschrift, daß die rechte Hand bei der Eidesleistung erhoben werden soll, ist instruktionell (KPr. S. 701); deren Nichtbeobachtung beeinträchtigt nicht die Gültigkeit der Eidesleistung. Die Anwendung anderer Gebräuche bei der Eidesleistung, z. B. Niederknieen, Auflegen einer Hand auf das Evangelienbuch, Hutaufsetzen bei Israeliten xc., beeinträchtigt zwar die Gültigkeit der Eidesleistung nicht, kann aber weder vom Gericht noch vom Gegner verlangt werden (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 443).

3. Bei großem Umfange der Eidesnorm kann davon abgesehen werden, daß der Schwurpflichtige dieselbe nachspreche oder ablese. Es genügt, wenn der Vorsitzende die Eidesnorm vorliest und der Schwurpflichtige die Eidesformel (§ 443), in welcher auf die Eidesnorm Bezug genommen ist, nachspricht oder abliest. — Großer Umfang der Eidesnorm kann

nur bei Parteieiden vorkommen; auf Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen ist Abs. 2 des § 444 nicht anwendbar (KPr. S. 189).

4. Abs. 3 gilt im ganzen Reich; kann aber durch die nach EG. § 5 zulässigen Hausverfassungen oder Landesgesetze für die einzelnen Territorien modifiziert werden.

5. Wegen der Eidesleistung in fremder Sprache s. GVG. § 190.

§ 445.

Stumme, welche schreiben können, leisten den Eid mittels Abschreibens und Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.

Stumme, welche nicht schreiben können, leisten den Eid mit Hülfe eines Dolmetschers durch Zeichen.

KPr. S. 190, 554. **Vgl. StPrO. § 63 Abs. 2 und 3.**

Wegen Zuziehung eines Dolmetschers s. GVG. §§ 188, 191—193. — Taube leisten den Eid durch Ablesen (§§ 444 Abs. 1). Wenn sie nicht lesen können, so ist die Zuziehung eines Dolmetschers nötig (GVG. § 188). Der Dolmetscher muß konstatieren, daß der Eid verstanden wird. — Die Eidesleistung eines Taubstummen erfolgt, wenn schriftliche Verständigung möglich ist, nach § 445 Abs. 1, außerdem nach § 445 Abs. 2.

§ 446.

Der Eidesleistung wird gleichgeachtet, wenn ein Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Beteuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, eine Erklärung unter der Beteuerungsformel dieser Religionsgesellschaft abgiebt.

Mot. S. 289. KPr. S. 190, 554. **Vgl. StPrO. § 64.**

1. Vgl. StGB. § 155 Nr. 1, StPrO. § 61. — Die Bestimmungen des Landesrechts (Gesetz oder Verordnung) sind maßgebend.

2. Für Preußen: VO. v. 11. März 1829 über Eide der Mennoniten, KabO. v. 19. Nov. 1836 über Eide der Philipponen. — Für Bayern: VO. v. 20. Okt. 1811 über Eide der Mennoniten. — Für Württemberg vgl. Gaupp II S. 440. Für Elf.-Lothringen vgl. Wallmanns D. Jur. Zeit. VII S. 599.

Zwölfter Titel.

Sicherung des Beweises.

1. Die „Sicherung des Beweises" (Beweis zum ewigen Gedächtnis, probatio ad perpetuam rei memoriae) findet sich im früheren gem. Prozeßrecht [Wetzell § 24 b. N. 31 ff.], im preuß. Recht (AGO. I 33), in den neueren deutschen Partikulargesetzen (Braunschw. §§ 288—298, Hannov. §§ 244—250, Oldenb. Art. 153, Baden §§ 516—520, Württemb. Art. 445—457, Bayern Art. 347—352) und den deutschen Prozeßgesetzentwürfen (preuß. Entw. §§ 826—836, sächs. Entw. §§ 496—500, hannov. Entw. §§ 311—321, österr. Entw. §§ 213—322, nordd. Entw. §§ 648—659). Die französischen Rechtsbücher erwähnen dieses Institut nicht. Die rheinische Jurisprudenz folgerte hieraus dessen Unstatthaftigkeit. In Frankreich wird aus der Nichtaufnahme dieser Bestimmung in den Code de proc. umgekehrt dessen Zulässigkeit hergeleitet [Bonnier traité des preuves tom. I § 254 Ed. III p. 324 sqq.].

Die Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises unterscheidet sich von der Beweis-

aufnahme im Prozesse dadurch, daß sie vor dem entsprechenden Prozeßstadium, ja vor Anhängigkeit eines Prozesses und daß sie ohne Prüfung der Erheblichkeit der zu erweisenden Thatsache erfolgt.

2. Unberührt bleiben die Vorschriften des HGB. Art. 348, 365, 407 (über Feststellung des Zustandes einer Ware, eines Kommissions- oder Frachtgutes), Art. 492, 493, (über Verklarung), 499 (Verkauf des Schiffes), 609, 610 (über Feststellung des Zustandes eines Seefrachtgutes).

3. Die Kosten der vorläufigen Beweisaufnahme trägt der Beweisführer. Wird von der Beweiserhebung in einem Prozesse Gebrauch gemacht, so kann nach Umständen der Gegner zum Ersatz derselben verurteilt werden. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 46, 47 Nr. 9; GO. f. RA. §§ 22, 29 Nr. 1, 30 Nr. 1.

§ 447.

Die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen kann zur Sicherung des Beweises erfolgen, wenn zu besorgen ist, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 192, 554.

1. Zur Sicherung des Beweises durch Urkunden ist das Verfahren nach §§ 447 ff. unzulässig. Zur Feststellung der Echtheit dient die Feststellungsklage des § 231. Doch ist die vorläufige Erhebung von Zeugen- und Sachverständigenbeweis mit Bezug auf eine Urkunde zum Beweise der Echtheit oder Unechtheit nicht ausgeschlossen (norbd. Prot. S. 694); wohl aber Beweis durch Schriftvergleichung. Auf den Beweis durch Eid ist das Verfahren natürlich unanwendbar.

2. Voraussetzung ist außer dem Falle des § 450 die Gefahr des Verlustes oder der erschwerten Benutzung der Beweismittel. Wegen Glaubhaftmachung des Grundes dieser Gefahr s. § 449 Nr. 4. Der Beweis durch Augenschein erscheint z. B. gefährdet, wenn es auf Feststellung eines veränderlichen Zustandes ankommt, wenn der Untergang einer Sache bevorsteht rc.; der Beweis durch Zeugen, wenn der Zeuge gefährlich erkrankt oder hochbejahrt oder im Begriffe ist, eine größere Reise zu unternehmen rc. rc.; das richterliche Ermessen hat hier Spielraum; es wurde in der JK. d. RT. abgelehnt, eine Altersgrenze (60 Jahre) zu fixieren, mit welcher die Verlustgefahr bei Zeugen anzunehmen sei (KPr. S. 190). Der Beweis durch Sachverständige kann aus den gleichen Gründen wie der Zeugenbeweis, insbesondere dann gefährdet sein, wenn es sich um einen Sachverständigen handelt, welcher zugleich sachverständiger Zeuge ist (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 379).

§ 448.

Das Gesuch ist bei dem Gerichte anzubringen, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

In Fällen dringender Gefahr kann das Gesuch auch bei dem Amtsgerichte angebracht werden, in dessen Bezirke die zu vernehmenden Personen sich aufhalten oder der in Augenschein zu nehmende Gegenstand sich befindet.

Bei dem bezeichneten Amtsgerichte muß das Gesuch angebracht werden, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist.

KPr. S. 191, 192, 554.

1. § 448 regelt die Zuständigkeit und unterscheidet, ob das Gesuch sich auf einen anhängigen Rechtsstreit bezieht oder nicht. Im ersteren Fall ist das Gesuch regelmäßig vor dem Gericht anzubringen, bei welchem der Streit anhängig ist; also bei dem Berufungs- oder Revisionsgericht, wenn der Rechtsstreit durch Einlegung des Rechtsmittels in der Rechtsmittelinstanz anhängig geworden ist. Dieses Gericht muß über das Gesuch entscheiden, kann aber die Beweisaufnahme selbst nach §§ 337, 340 einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte übertragen. Ausnahmsweise tritt wegen dringender Gefahr die elektive Zuständigkeit des in Abs. 2 bezeichneten Amtsgerichts ein. Im anderen Fall ist das Gesuch bei dem im Abs. 2 bezeichneten Amtsgericht anzubringen. — Über Beginn der Rechtshängigkeit vgl. Bem. Nr. 2 zu § 235.

2. Das Gesuch kann in einem Schriftsatze oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers vorgebracht werden. In allen Fällen besteht kein Anwaltszwang (arg. § 74 Abs. 2). Ist der Rechtsstreit anhängig, so kann das Gesuch auch in der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

§ 449.

Das Gesuch muß enthalten:

1) die Bezeichnung des Gegners;
2) die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll;
3) die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen;
4) die Darlegung des Grundes, welcher die Besorgnis rechtfertigt, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde. Dieser Grund ist glaubhaft zu machen.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 192, 193, 554.

1. Zu Nr. 1: Gegner d. i. die Gegenpartei im anhängigen oder künftigen Prozeß. Über das Verfahren bei unbestimmtem Gegner s. § 455.

2. Zu Nr. 2: Vgl. § 324 Nr. 1, 338, 342 Nr. 2.

3. Zu Nr. 3: Abweichend von § 369 ist hier die Benennung von Sachverständigen vorgeschrieben. Übrigens kann das Gericht zu einer Augenscheinseinnahme nach § 337 auch nicht benannte Sachverständige zuziehen (KPr. S. 193).

§ 450.

Mit Zustimmung des Gegners kann die beantragte Beweisaufnahme angeordnet werden, auch wenn die Voraussetzungen des § 447 nicht vorliegen.

KPr. S. 195, 196, 554.

In der JK. d. RT. ward die Einfügung der folgenden Bestimmung beantragt und beschlossen:

„Auch in anderen Fällen, als den in § 429 (jetzt § 447) bezeichneten, kann das Gericht auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen vor der mündlichen Verhandlung der Sache anordnen."

Nach den Erklärungen des Antragstellers sollte den Parteien die Möglichkeit eröffnet werden, durch Antizipation der Beweisaufnahme das Beweismaterial zum ersten Verhandlungstermin herbeizuschaffen und dadurch das Verfahren selbst zu verkürzen. Als Beispiele, in denen sich ein solches Verfahren empfehle, wurden Prozesse über Schiffskollisionen und aus Viehkäufen angeführt. Als Sinn des Antrags stellte der Vorsitzende fest:

„daß die Parteien in anhängigen Prozessen schon vor der mündlichen Verhandlung die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, wenn thunlich vor Gericht, sonst vor einem Kommissar durch übereinstimmenden Antrag sollen beantragen, desgleichen die Aufnahme des Augenscheins sollen beanspruchen dürfen, vorbehaltlich jedoch der Befugnis des Gerichts, das Verlangen nach seinem Ermessen abzulehnen; und daß in obigen Fällen, wenn möglich, der Termin zur mündlichen Verhandlung mit dem zur Beweisaufnahme zu verbinden sei."
In der jetzigen Fassung ist die Beschränkung auf anhängige Prozesse nicht mehr enthalten (Vgl. KommBer. v. 19. Okt. 1876 S. 8); es darf daher obiger Konstatierung ungeachtet die Anwendung des § 450 nicht auf anhängige Prozesse eingeengt werden. — Auch nach einem Beweisbeschluß ist § 450 anwendbar [Schneider Arch. f. c. Pr. LXVI S. 288].

§ 451.

Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

In dem Beschlusse, durch welchen dem Gesuche stattgegeben wird, sind die Thatsachen, über welche der Beweis zu erheben ist, und die Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen zu bezeichnen. Eine Anfechtung dieses Beschlusses findet nicht statt.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 193, 554.

1. Über das Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Die abweisende wie die stattgebende Entscheidung ist nur dem Gesuchsteller von Amtswegen zuzustellen (vgl. § 452). [RG. 8. März 1884 Entsch. XI Nr. 106 S. 404.]

2. Das Gesuch kann abgewiesen werden: a) wegen Mangels der Zuständigkeit. Diese ist stets ex officio zu prüfen. b) Wegen Mangels der Voraussetzungen (§ 449); c) wegen Unzulässigkeit der Beweisaufnahme (z. B. § 341). Wegen Unerheblichkeit der Thatsache, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll, kann das Gesuch nicht abgewiesen werden.

3. Gegen die das Gesuch abweisende Entscheidung steht dem Gesuchsteller Beschwerde zu (arg. § 530); gegen die bewilligende Entscheidung giebt es kein Rechtsmittel.

§ 452.

Der Beweisführer ist verpflichtet, sofern es nach den Umständen des Falles geschehen kann, unter Zustellung des Beschlusses und einer Abschrift des Gesuchs zu dem für die Beweisaufnahme bestimmten Termine den Gegner so zeitig zu laden, daß derselbe in diesem Termine seine Rechte wahrzunehmen vermag.

Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift steht der Beweisaufnahme nicht entgegen.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 193, 194, 554.

1. Die Terminsbestimmung erfolgt von Amtswegen. Die Ladung des Gegners ist Sache des Beweisführers; vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191 (S. 234) [Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 828]. Im Verfahren vor dem Amtsgericht greift § 458 ein.

2. Im Termin ist der Beweis aufzunehmen, auch wenn weder der Beweisführer noch der Gegner erschienen ist (§ 322). Die Aufnahme des Beweises ist unabhängig von dem Nachweise der Ladung des Gegners. Diese hat nur für die Benutzbarkeit der Beweisaufnahme Bedeutung (§ 454 Abs. 2).

§ 453.

Die Beweisaufnahme erfolgt nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften.

Das Protokoll über die Beweisaufnahme ist bei dem Gerichte, welches dieselbe angeordnet hat, aufzubewahren.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 194, 554.

1. Für die Beweisaufnahme gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 320—322, 326—334, dann die besonderen über Beweis durch Augenschein, Zeugen und Sachverständige §§ 336—379. Zeugen und Sachverständige sind also, insoweit nicht gesetzlich vorgesehene Ausnahmen vorliegen, zu beeidigen. „Prozeßgericht" im Sinne des § 358 Abs. 2 ist das nach § 448 zur Entscheidung über das Gesuch um Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis zuständige Gericht, also, wenn in abhängigen Sachen das in Abs. 2 des § 448 bezeichnete Amtsgericht angegangen ist, das letztere. — Übertragung der Beweisaufnahme an einen beauftragten oder ersuchten Richter ist unter den Voraussetzungen der §§ 337, 340 gestattet.

2. In dem Termine kann der Gegner des Gesuchstellers Einwendungen gegen die Zuständigkeit, gegen die Ordnungsmäßigkeit des Gesuchs und gegen die Zulässigkeit der angeordneten Beweisaufnahme vorbringen. Das Gericht hat über diese Einwendungen zu entscheiden, jedoch nicht nach obligatorischer mündlicher Verhandlung, sondern nach den in Bem. Nr. 6 zu § 119 entwickelten Regeln. Das Gericht, welches die Beweisaufnahme beschlossen hat, kann den Beschluß auch zurücknehmen; der Schlußsatz des § 451 steht nicht im Wege, da er nur die „Anfechtung" sc. durch Rechtsmittel ausschließt. Werden vor einem beauftragten oder ersuchten Richter Einwendungen erhoben, so ist nach § 331 zu verfahren, wobei unter „Prozeßgericht" das Gericht zu verstehen ist, welches die Beweisaufnahme beschlossen hat. Die Zuständigkeit des beauftragten oder ersuchten Richters zur Entscheidung beschränkt sich auf die in Bem. Nr. 1 zu § 331 bezeichneten Punkte.

3. Das über die Beweisaufnahme aufzunehmende Protokoll (§ 146 Nr. 3, 4) bleibt bei dem Gericht liegen, welches die Beweisaufnahme beschlossen hat (KPr. S. 194). Die Beteiligten können dasselbe einsehen und sich Abschrift geben lassen.

§ 454.

Jede Partei hat das Recht, die Beweisverhandlungen in dem Prozesse zu benutzen.

War der Gegner in dem Termine nicht erschienen, in welchem die Beweisaufnahme erfolgte, so ist der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlungen nur dann berechtigt, wenn der Gegner zu dem Termine rechtzeitig geladen war oder wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung unterblieben oder nicht rechtzeitig erfolgt sei.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 194, 554.

1. Die Benutzung der Beweisverhandlungen für den Prozeß ist beiden Parteien, auch der nicht bezeichneten, gestattet. Die Benutzung seitens des Gesuchstellers ist aber, wenn der Gegner zum Beweistermine nicht erschienen war, bedingt durch den Nachweis rechtzeitiger, d. i. dem § 452 Abs. 1 entsprechender, Ladung oder die Glaubhaftmachung der unverschuldeten Behinderung solcher Ladung. Natürlich genügt auch die Glaubhaftmachung, daß der Gegner nicht bezeichnet werden konnte. Der Gegner kann der Benutzung widersprechen, wenn diese alternativen Voraussetzungen fehlen; dann darf das Gericht die Beweisverhandlungen auch

nicht innerhalb der freien Beweiswürdigung verwerten. Der Widerspruch wird aber präkludiert, wenn er nicht rechtzeitig im Sinne des § 267 vorgebracht ist.

2. Auch wenn die Beweisverhandlungen nach Bem. Nr. 1 benutzbar sind, stehen dem Gegner alle Arten von Einwendungen, insbesondere Beweiseinreden zu, einerlei ob er der Beweisaufnahme beiwohnte oder nicht. Das Gericht kann in dem Prozesse auf Antrag oder von Amtswegen die nochmalige Aufnahme oder die Ergänzung des zum ewigen Gedächtnis aufgenommenen Beweises anordnen (nordd. Entw. § 656). Nach dem Grundsatz des § 259 kann das Gericht aber auch den Antrag auf nochmalige Aufnahme oder Ergänzung ablehnen, wenn seine Überzeugung über die Wahrheit oder Unwahrheit der betreffenden Thatsache feststeht.

3. Die Beweiskraft der Beweisverhandlungen ist nicht, wie nach kanonischem Rechte (c. 5 X. in lite non cont. 2, 6), an eine Zeitfrist gebunden.

§ 455.

Wird von dem Beweisführer ein Gegner nicht bezeichnet, so ist das Gesuch nur dann zulässig, wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden außer stande sei, den Gegner zu bezeichnen.

Wird dem Gesuche stattgegeben, so kann das Gericht dem unbekannten Gegner zur Wahrnehmung seiner Rechte bei der Beweisaufnahme einen Vertreter bestellen.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 194, 195, 554.

1. Unmöglichkeit, den Gegner zu bezeichnen, wird insbesondere anzunehmen sein, wenn es sich um die Feststellung einer Beschädigung handelt, deren Urheber z. Z. noch nicht ermittelt ist.

2. Wird dem nicht bezeichneten Gegner ein Vertreter bestellt, so ist derselbe nach § 452 zu laden. Die Benutzbarkeit der Beweisverhandlung ist in diesem Fall nach § 454 Abs. 2 zu bemessen.

3. Die Bestellung des Vertreters ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 9). Wegen Anwaltsgebühren s. GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6. Die Kosten für die Vertretung fallen dem Gesuchsteller einstweilen zur Last. Vgl. Bem. Nr. 3 vor § 447.

Zweiter Abschnitt.

Verfahren vor den Amtsgerichten.

1. Litteratur: Meyer Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 489 ff.; Goldenring der amtsgerichtl. ordentl. CivPr. 1879. Vgl. a. Gründler Ist der Amtsgerichtsprozeß in seiner jetzigen Gestalt lebensfähig? 1879 (enthält eine größten Teils ungerechte Kritik). Dagegen Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. II S. 132 ff., Replik von Gründler eod. III S. 263 f.; Koffka Mag. f. DR. I S. 83, Göring eod. S. 186 ff. Vgl. a. Bähr Noch ein Wort zum deutschen CPr. S. 53 ff.

2. Das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor dem Konsul sowie vor dem Konsulargerichte regelt sich nach den Bestimmungen der CPrO. über das Verfahren vor den Amtsgerichten mit der Maßgabe, daß auch die Vorschriften der §§ 313—319 der CPrO. Anwendung finden; RG. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) § 15.

§ 456.

Auf das Verfahren vor den Amtsgerichten finden die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten Anwendung, soweit nicht aus den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs, aus den nachfolgenden besonderen Bestimmungen und aus der Verfassung der Amtsgerichte sich Abweichungen ergeben.

Mot. S. 290, 291. KPr. S. 196, 554.

1. Die Motive bemerken: „Auf das Verfahren vor den Amtsgerichten finden die Vorschriften über das Verfahren bei den Landgerichten Anwendung, soweit nicht
   1) aus den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs (vgl. §§ 75, 79, 84, 86, 107 Nr. 3, 120, 152, 154, 181, 192, 194, 221),
   2) aus den besonderen Bestimmungen der §§ 457—471,
   3) aus der Verfassung der Amtsgerichte (vgl. §§ 45, 131, 147, 149, 469)

sich Abweichungen ergeben.

Die sub 2 beregten Abweichungen lassen sich im allgemeinen darauf zurückführen, daß in dem Verfahren vor den Amtsgerichten eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist (§§ 74, 75), daß ferner eine Verpflichtung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze nicht besteht (§ 120), daß endlich in diesem Verfahren Zustellungen unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts erfolgen können (§§ 154, 179)."

2. Dem Amtsrichter stehen alle Befugnisse zu, welche das Gesetz dem Vorsitzenden beilegt.

§ 457.

Die Klage kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden.

Mot. S. 291, 292. KPr. S. 196, 554.

1. Die Motive bemerken: „Die §§ 457, 461 ermöglichen den Parteien, auf verschiedene Weise das Verfahren einzuleiten; sie bestimmen insbesondere drei zur Wahl der Parteien stehende Formen der Anbringung der Klage.
   1) schriftliche Einreichung der durch oder für den Kläger angefertigten Klage bei dem Prozeßgericht;
   2) Erklärung der Klage zu Protokoll des Gerichtsschreibers;
   3) mündlicher Vortrag der Klage bei gleichzeitigem Erscheinen der Parteien an einem ordentlichen Gerichtstage ohne vorhergehende Ladung und Terminsbestimmung.

Die Erhebung der Klage mit der Wirkung der Rechtshängigkeit (§ 230 Abs. 1, 235 Abs. 1) erfolgt in dem letzten Fall durch den mündlichen Vortrag der Klage, in den zwei ersten Fällen durch die Zustellung der Klageschrift oder des Klageprotokolls."

Der Entwurf enthielt als vierte Form die Aufnahme der Klage in die Ladungsurkunde eines Gerichtsvollziehers (vgl. Code de proc. art. 415, bayer. PrO. Art. 501, preuß. Entw. § 573, hann. Entw. § 465). In der JK. d. RT. wurde diese Form gestrichen (KPr. S. 196—200).

2. Für die Klageschrift wie für das Klageprotokoll gelten die Vorschriften des § 230. Die Zustellung einer Schrift oder eines Protokolls, welches den wesentlichen Erfordernissen (§ 230 Abs. 2) nicht entspricht, ist nicht „Klagerhebung", bewirkt daher nur formale Rechtshängigkeit 2c. 2c.; vgl. Bem. Nr. 4 und 5 zu § 230. Wegen Terminsbestimmung s. § 233 und Bem. Nr. 1 dazu, ferner Bem. Nr. 2 zu § 193.

§ 458.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung

hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung der Klage Sorge zu tragen, sofern nicht der Kläger erklärt hat, dieses selbst thun zu wollen.

Mot. S. 291, 292. KPr. S. 196, 554.

1. Vgl. § 154. Erklärt der Kläger bei der Einreichung der schriftlichen Klage oder bei deren Protokollierung dem Gerichtsschreiber ausdrücklich, die Zustellung der Klage selbst besorgen zu wollen, so legt der Gerichtsschreiber die Klageschrift oder das Protokoll dem Vorsitzenden vor; damit ist seine Thätigkeit beendigt. Es ist Sache des Klägers, die Klage nach erfolgter Terminsbestimmung abzuholen und zustellen zu lassen. Giebt aber der Kläger jene Erklärung nicht ab, so hat der Gerichtsschreiber für Zustellung der schriftlich eingereichten oder zu Protokoll erklärten Klage zu sorgen.

2. Der Gerichtsschreiber kann einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragen (§§ 152 Abs. 2, 154) oder unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen (s. § 179 nebst den Bemerkungen). Im letzteren Fall finden die Vorschriften der §§ 177, 178 auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die erforderliche Beglaubigung der Abschriften erfolgt durch den Gerichtsschreiber. — Die Zustellungsurkunde geht an den Gerichtsschreiber zurück. Es ist Sache des Klägers, sich nach dem Termine zu erkundigen und die Zustellungsurkunde bei dem Gerichtsschreiber abzuholen. Um ein Versäumnisurteil gegen den Kläger erlangen zu können, braucht der Beklagte nicht nachzuweisen, daß der Kläger von dem Termine Nachricht erhalten hat. Der Geladene muß nur den Nachweis seiner Ladung erbringen. Vgl. a. Bem. Nr. 5 zu § 300. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 456 f., Endemann II S. 157 f., Kurlbaum Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 202, Fischer eod. XXV S. 822. Unrichtig v. Sarwey I S. 634.]

3. Das Original des Klageprotokolls ist bei der Zustellung zu benutzen und mit der Zustellungsurkunde dem Kläger zu behändigen. [So auch Gaupp II S. 454, Wilm. Levy N. 1 Abs. 4, Petersen S. 682. AM. Struckm. Koch N. 2, v. Bülow N. 1 zu § 458, Puchelt II S. 299.] Zu den Gerichtsakten soll nach § 124 Abschrift gegeben werden; doch ist die Beobachtung dieser Vorschrift nicht wesentlich.

§ 459.

Die Einlassungsfrist beträgt mindestens drei Tage, wenn die Zustellung im Bezirke des Prozeßgerichts; mindestens eine Woche, wenn sie außerhalb desselben, jedoch im Deutschen Reich erfolgt; in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat das Gericht bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

Mot. S. 290, 291. KPr. S. 196, 554.

1. Einlassungsfrist: s. Bem. Nr. 4 Ziff. I litt. c vor § 191; Berechnung derselben: eod. Ziff. I a. E. (S. 237); Abkürzung s. § 204. Auch die Fristen des § 459 können noch abgekürzt werden.

2. Meß- und Marktsachen: s. § 30 und Bem. Nr. 2 zu § 234.

3. Ausland: s. Bem. Nr. 1 zu § 182. Zustellung im Ausland: s. §§ 182 ff.

4. Bei Zustellung der Klage mittels öffentlicher Bekanntmachung gelten die §§ 186 ff. Wegen Berechnung des Zeitpunkts der Zustellung s. § 189. — Für die Zustellung mittels öffentlicher Bekanntmachung ist in dem Wortlaute des § 459 eine besondere Einlassungsfrist nicht bestimmt. Zweifellos gilt für die Fälle der öffentlichen Zustellung (abgesehen von Meß- und Marktsachen) die einwöchige Einlassungsfrist als Normalfrist.

5. Die in § 459 bestimmten Einlassungsfristen gelten nur für die erste Instanz (s. Bem. zu § 481).

§ 460.

Die Klage wird durch Zustellung der Klageschrift oder des die Klage enthaltenden Protokolls erhoben.

Mot. S. 292. KPr. S. 196–200, 554.

Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 457; dann § 230 Abs. 1 nebst Bem. Nr. 1 dazu.

§ 461.

An ordentlichen Gerichtstagen können die Parteien zur Verhandlung des Rechtsstreits ohne Ladung und Terminsbestimmung vor Gericht erscheinen.

Die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.

Mot. S. 291, 292. KPr. S. 200, 554.

1. „An ordentlichen Gerichtstagen" d. i. an den regelmäßig vorausbestimmten Tagen, an welchen das Amtsgericht Sitzungen zur Verhandlung von Civilsachen abzuhalten pflegt (nordd. Prot. S. 1060), innerhalb der gewöhnlichen Gerichtsstunden.

2. Das Gericht muß die ohne Ladung und Terminsbestimmung erschienenen Parteien an den ordentlichen Gerichtstagen zur Verhandlung zulassen, wenn dazu nach Erledigung der angesetzten Termine noch Zeit ist. Vertagung von Amtswegen (§ 206) kann erst beschlossen werden, nachdem der Kläger seine Klage vorgetragen hat; denn erst mit diesem Zeitpunkt beginnt die Rechtshängigkeit; Vertagung einer nicht rechtshängigen Sache hätte keinen Sinn.

3. Die Feststellung der Klage erfolgt nach § 470 durch das Sitzungsprotokoll, wenn und insoweit das Gericht am Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil oder ein Beweisbeschluß ergeht, die Feststellung für angemessen erachtet. Vor dem Schlusse der Verhandlung, auf welche Urteil oder Beweisbeschluß ergeht, soll gar kein Parteivorbringen protokolliert werden (s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 470). Wird vertagt oder ohne Beweisbeschluß ein Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumt, so erfolgt also keine Feststellung der Klage im Sitzungsprotokoll. Die Klage bleibt in diesem Fall ohne schriftliche Fixierung; sie steht nur auf der Erinnerung des Richters. [So auch Endemann II S. 376, Gaupp II S. 459, Hellmann Lehrb. S. 611, Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 404. Dagegen verlangen protokollarische Feststellung Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, v. Sarwey I S. 636, Fitting § 62 N. 7, Petersen S. 682.] Daß die Klage nicht schriftlich fixiert wird, ist namentlich wegen späterer Terminsversäumung nicht unbedenklich; aber es ist keine Ausnahme von § 470 vorgesehen. *Möglich* ist übrigens ein Versäumnisurteil in dem Termine, welcher nach dem mündlichen Vortrag der Klage zur weiteren Verhandlung bestimmt ist, gegen jede der Parteien, *wenn* sich der Richter auf die mündlich vorgetragene Klage erinnert. [AM. Lippmann a. a. O. S. 409.]

Auch die Protokollierung der Klage am Schlusse der Verhandlung, auf welche ein Urteil ergeht, steht im Ermessen des Gerichts (s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 470). Die Aufnahme in den Thatbestand des Urteils kann jede Protokollierung ersetzen.

§ 462.

Die Vorschriften der §§ 457, 458 finden entsprechende Anwendung, wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist, insbesondere zur Verhandlung über einen Zwischenstreit, über den Antrag auf Berichtigung

oder Ergänzung eines Urteils, über den Einspruch, über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder über die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens oder wenn eine Intervention oder Streitverkündung erfolgen soll.

Mot. S. 290, 291. KPr. S. 205, 554.

1. Die im Laufe eines anhängigen Prozesses im Parteibetrieb zu bethätigenden Ladungen können nach Wahl der Parteien entweder durch Einreichung eines Schriftsatzes zum Zwecke der Terminsbestimmung oder durch protokollarische Erklärung vor dem Gerichtsschreiber eingeleitet werden. Im einen wie im anderen Fall ist § 458 anwendbar.

2. Als Veranlassung zur Ladung im Laufe eines Prozesses sind erwähnt: Zwischenstreit sowohl mit einem dritten wie unter den Parteien (s. Bem. Nr. 1 und 3 zu § 275), Antrag auf Berichtigung oder Ergänzung eines Urteils (§§ 291, 292), Einspruch (§§ 303 ff.), Antrag auf Wiedereinsetzung (§§ 211 ff.), Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens (§§ 217 ff.), Intervention (§§ 61 ff.), Streitverkündung (§§ 69 ff.); bei letzterer findet übrigens keine Ladung statt. Die Aufzählung soll nicht erschöpfend sein.

3. Die Ladungsfristen für diese Fälle bestimmt § 194.

§ 463.

Auch wenn eine Partei nicht zu laden ist, können ihre Anträge und Erklärungen, auf welche sie ohne vorgängige Mitteilung voraussichtlich eine Erklärung in einer mündlichen Verhandlung nicht abzugeben vermag, durch Zustellung eines Protokolls des Gerichtsschreibers mitgeteilt werden.

Diese Mitteilung kann auch unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.

Mot. S. 290, 291. KPr. S. 205, 554.

1. Zwar ist Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze für den Parteiprozeß nicht einmal instruktionell vorgeschrieben (§§ 120, 124), aber § 245 und § 300 Nr. 3 sind auch hier anwendbar.

2. § 463 Abs. 2 gilt nur für Mitteilungen, welche keine Ladung enthalten. Die Partei oder ihr Bevollmächtigter kann Erklärungen und Anträge selbst niederschreiben oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgeben und die Schrift oder das Protokoll dem Gegner unmittelbar und formlos zustellen. „Unmittelbar" — d. i. ohne die Vermittelung durch den Gerichtsschreiber oder Gerichtsvollzieher. Natürlich kann auch Zustellung durch den Gerichtsvollzieher mit und ohne Vermittelung des Gerichtsschreibers beliebt werden. „Ohne besondere Form" — im Gegensatz zu den Vorschriften der §§ 173 ff., 181 Abs. 2. Es genügt Mitteilung durch einen Boten, durch die Post 2c. Beglaubigung der Abschrift ist nicht erforderlich. Die Vorschrift des § 162, daß Zustellungen an den Bevollmächtigten zu bethätigen sind, gilt auch im amtsgerichtlichen Prozeß.

§ 464.

Bei der mündlichen Verhandlung hat das Gericht dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen.

Mot. S. 133, 134, 293. KPr. S. 205, 554.

§ 464 erweitert die Pflichten und Rechte des Gerichts im amtsgerichtlichen Verfahren über die in §§ 127, 130 gezogene Grenze. Das Amtsgericht hat auch dahin zu wirken,

daß die Parteien die sachdienlichen Anträge stellen. Die Erweiterung wird in den Mot. S. 133 f. damit begründet, daß vor den Amtsgerichten „vielfach Personen verhandeln, die der Rechte unkundig sind"; die Verhandlungsmaxime wird dadurch nicht verletzt: „denn sie schließt nicht aus, daß das Gericht dahin wirkt, daß dem Parteivorbringen die rechte Form gegeben, aus dem Parteivorbringen der rechte Schluß gezogen werde". (Mot. S. 134.)

Die Bedeutung der Erweiterung liegt hauptsächlich auf dem Gebiete prozeßrechtlicher Anträge. Was der Kläger verlangen und inwieweit der Beklagte den Anspruch anerkennen oder bekämpfen will, das ist Sache der Parteien und darein hat auch der Amtsrichter trotz § 464 nichts zu reden. Wohl aber hat der Amtsrichter nach § 464 Recht und Pflicht, die Parteien auf ihre Befugnis zu prozessualischen Anträgen, z. B. zum Antrag auf Zurückweisung einer Klagänderung, auf Kostenkaution, auf Zurückweisung verspäteter Beweismittel, auf Urkundenedition 2c. 2c. aufmerksam zu machen. Diese Verpflichtung des Einzelrichters zur Belehrung der Parteien über ihre prozessualischen Befugnisse verträgt sich sehr wohl mit der gemeinrechtlichen Auffassung des Richteramts [vgl. Wach Vortr. S. 54]. Natürlich soll der Richter seines Amtes unparteiisch walten und *beiden* Parteien mit Belehrung behülflich sein.

§ 465.

Die Vorschrift, daß prozeßhindernde Einreden gleichzeitig und vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen sind, findet nur insoweit Anwendung, als die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen ist.

Ist das Amtsgericht sachlich unzuständig, so hat es vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache denselben auf die Unzuständigkeit aufmerksam zu machen.

Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amtswegen anordnen.

Mot. S. 293. KPr. S. 205–208, 554.

1. Über den Begriff „prozeßhindernde Einrede" s. Bem. Nr. 2 zu § 247. Die Behandlung der sog. prozeßhindernden Einreden im Amtsgerichtsprozeß differiert von deren Behandlung im Landgerichtsprozeß in folgenden Punkten:

a) Für den Amtsgerichtsprozeß gilt nicht das Gebot, die prozeßhindernden Einreden *gleichzeitig* vorzubringen (s. § 247 Abs. 1 und Bem. Nr. 3 litt. a zu § 247). Es können also mehrere solche Einreden nach einander vorgebracht werden. Dies gilt auch vom Standpunkt derer, welche die in Bem. Nr. 3 litt. a zu § 247 für das Verfahren vor den Landgerichten verteidigte Ansicht nicht teilen.

b) Es gilt nicht das Gebot (§ 249 Abs. 1), die prozeßhindernden Einreden *vor der Verhandlung zur Hauptsache* vorzubringen. Daher werden auch die prozeßhindernden Einreden, auf welche der Beklagte wirksam verzichten kann, durch die Einlassung auf die Hauptsache nicht präkludiert, sie können ohne die Voraussetzungen des § 247 Abs. 3 nach der Einlassung bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, noch geltend gemacht werden. Eine durch § 39 gebotene Ausnahme macht die Einrede der sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit. Innerhalb der durch § 40 Abs. 2 gezogenen Grenze ergiebt sich auch im amtsgerichtlichen Verfahren aus der Einlassung ohne Rüge der Unzuständigkeit die Zuständigkeit des Gerichts und folglich die Unmöglichkeit, später noch die Unzuständigkeit zu

behaupten. Darüber, daß die Rüge der Unzuständigkeit auch nicht aus dem Restitutionsgrunde des § 247 Abs. 3 nachgeschleppt werden kann, s. Bem. Nr 11 zu § 247.

c) Im amtsgerichtlichen Verfahren hat der Beklagte nicht die Befugnis, auf Grund prozeßhindernder Einreden die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern. Verweigert er sie dennoch, so läuft er Gefahr, daß das Gericht unter Verwerfung der Prozeßeinreden auf Antrag gegen ihn Versäumnisurteil erläßt. Hat jedoch das Gericht die abgesonderte Verhandlung über die prozeßhindernden Einreden angeordnet, dann kann der Beklagte zunächst gar nicht zur Hauptsache verhandeln und riskiert also auch keine Versäumnisfolgen bei Verwerfung der Prozeßeinreden (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 298). Über das die Prozeßeinrede verwerfende Zwischenurteil und dessen Anfechtbarkeit s. Bem. Nr. 3 zu § 248.

2. Abs. 2 des § 465 wurde in der JK. d. RT. eingeschaltet, „um rechtsunkundige Parteien gegen allzustrenge Handhabung des § 39 zu schützen". Die Vorschrift betrifft nur die sachliche Unzuständigkeit (s. § 1). Das „Aufmerksammachen" kann nur vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache geschehen; sonst ist die Prorogation schon geschehen. Tritt der Beklagte, ohne die Belehrung zu berücksichtigen, in die Verhandlung zur Hauptsache ein, so erfolgt die prozessualische Prorogation. Ausdrücklicher Verzicht ist nicht nötig. Nicht minder tritt Prorogation ein, wenn der Hinweis auf die sachliche Unzuständigkeit, der Vorschrift des Abs. 2 entgegen, unterblieben und der Beklagte in die Verhandlung zur Hauptsache eingetreten ist. Der Beklagte kann die Prorogation nicht aus dem Grunde bestreiten, daß er nicht auf die Unzuständigkeit aufmerksam gemacht worden sei.

§ 466.

Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.

Ist das Urteil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgerichte anhängig.

KPr. S. 7, 15, 80, 81, 207, 499, 554.

1. Der in der JK. d. RT. eingefügte § 466 entspricht dem § 249. Derselbe betrifft die Fälle, in welchen die Unzuständigkeit ausgesprochen wird, weil die amtsgerichtliche Zuständigkeit weder nach GVG. § 23 Nr. 1 oder 2 (vgl. auch GVG. § 70) noch aus CPrO. § 39 begründet ist. Die Bem. Nr. 1 bis 4 zu § 249 finden hierher entsprechende Anwendung. Die Verweisung kann nur an das übergeordnete Landgericht erfolgen. Daß das die Verweisung aussprechende Urteil den Kläger in die Kosten des bisherigen Prozesses verurteilen muß, ergiebt Bem. Nr. 3 zu § 249. [So auch Kleiner Bl. f. RA. XLV S. 241 ff., 369 ff., vgl. a. Ztschr. f. d. CPr. XI S. 324. Unrichtig Ztschr. d. Anw.-Ver. f. Bayern XX S. 249.]

2. Wegen Verweisung an die Kammer für Handelssachen s. GVG. § 102 Abs. 2. — Wegen Aufforderung zur Anwaltsbestellung s. Bem. Nr. 1 zu § 192.

§ 467.

Wird in einem bei dem Amtsgerichte anhängigen Prozesse durch Widerklage oder durch Erweiterung des Klagantrags (§ 240 Nr. 2, 3) ein Anspruch erhoben, welcher zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, oder wird in Gemäßheit des § 253 die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, für welches die Landgerichte zuständig sind, so hat das Amtsgericht, sofern eine

Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, seine Unzuständigkeit auszusprechen und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.

Ist das Urteil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgerichte anhängig. Die im Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten werden als Teil der bei dem Landgerichte erwachsenen Kosten behandelt.

Mot. S. 293, 294. KPr. S. 208, 499, 500, 554.

1. Durch Widerklage kann in den Amtsgerichtsprozeß ein Anspruch hineingezogen werden, der zur sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte gehören würde, wenn er durch Klage geltend gemacht würde. Durch Erweiterung des Klagantrags kann der Anspruch über die Grenze der amtsgerichtlichen Zuständigkeit ausgedehnt werden. Durch Präjudizial-Inzidentklage und -Widerklage kann in den beim Amtsgericht anhängigen Prozeß ein Rechtsverhältnis hineingezogen werden, dessen Feststellung zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört. In diesen drei Fällen gebietet § 467 die Verweisung an das übergeordnete Landgericht unter folgenden Voraussetzungen:

a) Die Widerklage, die Erweiterung des Klagantrags, die Präjudizial-Inzidentklage muß an und für sich zulässig sein. Fehlt es an einer Voraussetzung der Widerklage (s. Bem. Nr. 3 zu § 33), ist die versuchte Erweiterung, weil nicht unter § 240 Nr. 2, 3 fallend, unstatthaft oder die Inzidentklage unzulässig (s. Bem. Nr. 3 und 4 zu § 253), so ist die Verweisung unmöglich; die Widerklage, der Erweiterungsversuch, der Feststellungsantrag muß zurückgewiesen werden. Fehlt es an der örtlichen Zuständigkeit für die Widerklage (s. Bem. Nr. 3 litt. g zu § 33) oder für die Inzidentfeststellungsklage (s. Bem. Nr. 3 Abs. 3 zu § 253), so ist Verweisung an das übergeordnete Gericht unmöglich; Widerklage bzw. Feststellungsklage ist durch absolutio ab instantia abzuweisen, während über den ursprünglichen Anspruch vom Amtsgericht zu entscheiden ist. [Zustimmend Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Petersen S. 425 u. Ztschr. f. d. CPr. II S. 192 ff., A. Förster N. 2 b, Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 398 ff. u. Handb. I S. 488 f., Fitting Arch. f. c. Pr. LXIII S. 247, 249 f. u. Lehrb. S. 225; Wernz in Ztschr. f. R. u. LR. III S. 341, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 107 ff. Unrichtig Hellmann Komm. II S. 376 f. u. Lehrb. S. 145, Volgiano S. 138 u. A., Baron Ztschr. f. d. CPr. I S. 31 ff. In § 467 ist doch keine Norm über Gerichtsstand enthalten!]

b) Eine der Parteien muß den Verweisungsantrag stellen. Jede der Parteien, also auch der Widerkläger rc. kann den Antrag stellen. Aber der Antrag wird präkludiert durch weitere Verhandlung zur Hauptsache. α) Der Widerkläger, der seine Klage Erweiternde, der Inzidentkläger muß also an den Vortrag der Widerklage, der erweiterten Klage, der Inzidentklage in der mündlichen Verhandlung (nicht schon im vorbereitenden Schriftsatze) den Antrag auf Verweisung anreihen; er kann aber auch noch abwarten, ob der Gegner die Unzuständigkeit rügt und dann den Verweisungsantrag stellen, solange der Gegner nicht zur Hauptsache verhandelt hat. β) Der Widerbeklagte, der mit der erweiterten Klage Beklagte, der Inzidentbeklagte muß den Verweisungsantrag vor seiner Einlassung auf die Widerklage, die erweiterte Klage, die Inzidentklage stellen. Mit der Einlassung darauf ist seine Befugnis auf Verweisung anzutragen, präkludiert. — Die Unterlassung des Verweisungsantrags des Widerbeklagten rc. rc. bewirkt nicht, daß die Zuständigkeit des Amtsgerichts für die Widerklage rc. rc. entsteht; vielmehr kann der Widerbeklagte rc. rc. sich auf die Rüge der Unzuständigkeit beschränken und durch diese sog. Einrede die Abweisung der Widerklage (und zwar dieser allein!), des erweiterten Anspruchs (und zwar des ganzen!), der Inzidentklage (und

zwar dieser allein!) ohne Verweisung an das übergeordnete Gericht erwirken. [Vgl. Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 398 ff., Löning a. a. S. 108.] Bei Unzulässigkeit der Prorogation (§ 40 Abs. 2, GVG. § 70) muß das Amtsgericht von Amtswegen die Widerklage rc. rc. abweisen und zwar, solange kein Verweisungsantrag gestellt ist, ohne Verweisung an das Landgericht. Bei Unzulässigkeit der Prorogation kann übrigens die Verweisung des ganzen Rechtsstreits an das Landgericht auch noch nach der weiteren Verhandlung zur Hauptsache beantragt werden. Denn in diesen Fällen trifft der Grund der zeitlichen Beschränkung des Verweisungsantrags, d. i. die Rücksicht auf § 39, nicht zu. [So auch Gaupp II S. 468.] γ) Die nach § 467 eintretende Präklusion des Verweisungsantrags ist nicht von Amtswegen zu beachten; sie wird daher durch Vereinbarung beseitigt, und die Befugnis, die Verspätung des Verweisungsantrags zu rügen, geht nach § 267 verloren.

2. An das Landgericht verwiesen wird der Rechtsstreit als Ganzes; also Klage und Widerklage, die ganze erweiterte Klage, Klage und Inzidentklage. Die Verweisung ist, wenn die Voraussetzungen (Bem. Nr. 1) vorliegen, obligatorisch. Das Gericht kann nicht etwa Klage und Widerklage zur getrennten Verhandlung verweisen. Die Verweisung erfolgt durch Urteil. Gegen dieses Urteil ist Berufung und Revision zulässig. [L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 11.] — Wegen Fortdauer der Rechtshängigkeit vgl. Bem. Nr. 4 zu § 249, welche hierher entsprechend anzuwenden ist. Wegen Aufforderung zur Anwaltsbestellung s. Bem. Nr. 1 zu § 192. —

3. Wegen Verweisung an die Kammer für Handelssachen s. GVG. §§ 102 Abs. 2, 103. [Vgl. a. Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 403 f.]

4. In der Berufungsinstanz ist die Verweisung an das zuständige Landgericht, d. i. also an dasselbe Landgericht als erste Instanz, auszusprechen, wenn dem in erster Instanz rechtzeitig gestellten Verweisungsantrag in der ersten Instanz nicht Folge gegeben war; ferner wenn in zweiter Instanz ein Verweisungsantrag rechtzeitig gestellt ward. Letzteres kann aber nur geschehen, wenn entweder die Prorogation ausgeschlossen war (GVG. § 70) oder wenn die sachliche Unzuständigkeit erst durch eine Erweiterung der Anträge in zweiter Instanz eintrat (darüber s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 491).

§ 468.

Wegen unterbliebener Erklärung ist eine Urkunde nur dann als anerkannt anzusehen, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über die Echtheit der Urkunde aufgefordert ist.

KPr. S 207, 208, 554.

Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 404. — Daß die Aufforderung zu Protokoll festgestellt werde, ist nicht nötig; es genügt die Konstatierung im Thatbestande (vgl. Bem. zu § 420).

§ 469.

Die Vorschriften der §§ 269, 313—319 finden auf das Verfahren vor den Amtsgerichten keine Anwendung.

Mot. S. 294. KPr. S. 208—213, 554, 685, 686, 701.

§ 269, welcher Verlesung der Anträge vorschreibt, ist nicht anwendbar, weil Schriftsätze im Verfahren vor den Amtsgerichten nicht notwendig sind.

§ 470.

Anträge und Erklärungen einer Partei sind durch das Sitzungsprotokoll insoweit festzustellen, als das Gericht bei dem Schlusse derjenigen mündlichen

Verhandlung, auf welche das Urteil oder ein Beweisbeschluß ergeht, die Feststellung für angemessen erachtet.

Geständnisse sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide sind auf Antrag durch das Protokoll festzustellen.

Mot. S. 294, 295. KPr. S. 208–213, 554, 555, 701, 702. Prot. d. 168. Sitz. S. 6.

1. § 470 bezieht sich auf Anträge (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 269) und auf Erklärungen der Parteien, ergänzt für den Amtsgerichtsprozeß den § 146 Nr. 2 und tritt an Stelle der für den Prozeß vor den Land- und höheren Gerichten maßgebenden §§ 269, 270. Die Vorschriften der §§ 145, 146 Nr. 1, 3—6 sind nicht berührt.

2. Das Gesetz stellt die Protokollierung von Anträgen und Erklärungen im Parteiprozeß ganz in das Ermessen des Gerichts. Das Gericht braucht keine Anträge und keine Erklärungen (außer den in § 146 Nr. 1 genannten) zu protokollieren, es kann dieselben bloß im Thatbestand feststellen. Das Gericht kann aber alle Arten von Anträgen und Erklärungen von Amtswegen oder auf Antrag zu Protokoll feststellen, wenn es die Feststellung für angezeigt hält. Ein Recht darauf haben die Parteien nur in den Fällen des Abs. 2.

Das Gesetz schreibt aber auch weiter vor, daß das Gericht erst bei dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil oder ein Beweisbeschluß ergeht, über die Angemessenheit der Protokollierung von Anträgen und Erklärungen zu befinden hat. Vor diesem Zeitpunkt soll vom Parteivorbringen überhaupt nichts protokolliert werden (Ausnahme Abs. 2) [vgl. Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 401 ff.]. Durch diese Vorschrift soll verhütet werden, daß die Verhandlung durch Feststellungen zu Protokoll unterbrochen und dem Verfahren der Charakter eines protokollarisch-mündlichen gegeben werde. Regelmäßig wird ein Bedürfnis nach protokollarischen Feststellungen nur eintreten, wenn Beweisbeschluß erlassen wird. Bei sofortiger Urteilsfällung ist jede Protokollierung von Anträgen und Erklärungen entbehrlich.

Nicht ausgeschlossen ist, daß das Gericht, soweit es die Feststellung für angemessen erachtet, einen von einer Partei offerierten Schriftsatz als Anlage dem Protokoll beifügt; denn § 146 Abs. 3 ist für den Amtsgerichtsprozeß nicht aufgehoben. Aber es wäre gröblicher Mißbrauch des richterlichen Ermessens, wenn das Gericht diese Art der protokollarischen Feststellung zur Regel werden ließe.

3. Abs. 2 entspricht dem § 270 Abs. 2. Nur sind im Amtsgerichtsprozeß die Geständnisse und die Erklärungen über Eidesannahme oder -zurückschiebung im Protokoll, nicht durch Anlagen, festzustellen. Daß ein Schriftsatz, welcher das Geständnis &c. enthält, dem Protokoll als Anlage beigefügt werde, ist auch hier nicht ausgeschossen. Wird Antrag auf Protokollierung nicht gestellt, so stehen auch Geständnisse und Eideserklärungen unter der Regel des Abs. 1.

§ 471.

Wer eine Klage zu erheben beabsichtigt, kann unter Angabe des Gegenstandes seines Anspruchs zum Zwecke eines Sühneversuchs den Gegner vor das Amtsgericht laden, vor welchem dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Erscheinen beide Parteien, und wird ein Vergleich geschlossen, so ist derselbe zu Protokoll festzustellen. Kommt ein Vergleich nicht zustande, so wird auf Antrag beider Parteien der Rechtsstreit sofort verhandelt; die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.

Ist der Gegner nicht erschienen oder der Sühneversuch erfolglos ge-

blieben, so werden die erwachsenen Kosten als Teil der Kosten des Rechtsstreits behandelt.

KPr. S. 200—203, 555, 702, 703.

1. Durch den in der JK. d. RT. eingefügten § 471 ist demjenigen, der als Kläger aufzutreten beabsichtigt, die Möglichkeit gewährt, vor dem Beginn der Rechtshängigkeit die Sühne unter Mitwirkung des Amtsrichters zu versuchen. Dieser Versuch ist in allen Streitsachen, auch in solchen, für welche die Landgerichte ausschließlich zuständig sind, zulässig (KPr. S. 201).

2. Die Ladung erfolgt auf Betreiben der Partei unter Bezeichnung des Anspruchs. Die Partei hat also das Ladungsformale zur Terminsbestimmung entweder schriftlich einzureichen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären (§ 457). Auf die Zustellung ist § 458 anwendbar. — Es kann nur vor das Amtsgericht geladen werden, bei welchem der allgemeine Gerichtsstand des zu Ladenden nach §§ 12—20 besteht. Vor dieses Amtsgericht kann aber auch dann geladen werden, wenn für die Sache bei einem anderen Gericht ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

3. Sowenig ein Zwang besteht, vor der Klagerhebung den Weg des § 471 zu betreten, so wenig besteht für den Geladenen ein Zwang, der Ladung Folge zu leisten; bleibt er aus, so tritt kein Rechtsnachteil ein; auch wird der Ausgebliebene nicht in die Kosten verurteilt. Auch auf Ausbleiben dessen, der geladen hat, ist kein Rechtsnachteil gesetzt; die dem Geladenen erwachsenen Kosten können nur durch Klage beigetrieben werden. — Die Parteien können sich im Termin durch Bevollmächtigte vertreten lassen (KPr. S. 202, Anl. k z. Prot. d. 164. Sitz.).

4. Die Protokollierung des Vergleichs entspricht dem § 146 Nr. 1. Das Vergleichsprotokoll ist Vollstreckungstitel (§ 702 Nr. 2). Reine Anerkenntnisse oder Verzichte sind nicht Vergleiche; das Amtsgericht ist nicht verbunden, solche zu protokollieren, ohne daß Klage erhoben ist. Auch bildet nicht das Anerkenntnis, sondern erst das Urteil, welches auf Grund derselben erlassen wird (§ 278), einen Vollstreckungstitel. — Wegen der Kosten des Vergleichs s. § 93. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 21, 23, 41, 101 (in der Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881); GO. f. RA. § 37.

5. Die Erhebung der Klage in dem Termine setzt voraus, daß beide Parteien sofort in die Verhandlung eintreten wollen. Die Erhebung der Klage erfolgt, wie nach § 461, durch den mündlichen Vortrag. Auf die Feststellung der Klage zu Protokoll finden die in Bem. Nr. 3 zu § 461 entwickelten Sätze Anwendung. Die dort cit. Schriftsteller, welche die Feststellung der Klage zu Protokoll verlangen, fordern dieselbe auch hier.

Erst nachdem die Klage erhoben ist, taucht die Zuständigkeitsfrage auf. Der Amtsrichter kann vorher die Parteien darauf aufmerksam machen, daß das Amtsgericht für die Klage nicht zuständig sei; aber er kann die Klagerhebung nicht verhindern. Bei der Prüfung der Zuständigkeit kommt dann in Frage, ob in dem beiderseitigen Antrag auf Verhandlung eine vor der Rechtshängigkeit geschlossene gültige Vereinbarung auf ein unzuständiges Gericht (§§ 38, 40) gelegen ist. Dies ist eine thatsächliche Frage. Weiterhin kann durch Einlassung des Beklagten ohne Rüge der Unzuständigkeit gemäß §§ 39, 40 die Zuständigkeit begründet werden. Fehlt es an der Zuständigkeit, so muß das Gericht auf absolutio ab instantia erkennen.

Drittes Buch.

Rechtsmittel.

1. Litteratur: v. Harrasowsky die Rechtsmittel im CivPr. 1879; v. Kries die Rechtsmittel des CPr. und des StPr. 1880 (behandelt auch das Wiederaufnahmeverfahren); Barazetti die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde 1882.

2. Begriff von „Rechtsmitteln". Die Motive bemerken:

„Der Begriff des Rechtsmittels ist kein historisch gegebener; in der Prozeßtheorie wie in der Gesetzgebung wird er in verschiedenem Sinne genommen. Im Entwurfe werden unter Rechtsmitteln prozessualische Rechtsbehelfe verstanden, wodurch Entscheidungen, welche die Rechtskraft noch nicht beschritten haben, vor einem höheren Richter angefochten werden. Damit scheiden aus der Reihe der Rechtsmittel aus die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Einspruch, die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage . . . . Als Rechtsmittel kommen in Betracht die Berufung, die Revision und die Beschwerde."

Dieser durch die Überschrift des dritten Buchs gesetzlich sanktionierte, beschränkte Sinn des Wortes „Rechtsmittel" ist einfach zu acceptieren, wenn es sich darum handelt, was das Gesetz „Rechtsmittel" heißt. Aus EG. § 20 kann nicht [wie Bolgiano Arch. f. c. Pr. LIX S. 420 meint] ein Argument gegen die Richtigkeit dieser Wortauslegung gewonnen werden. [Gegen Bolgiano Hinschius Ztschr. f. d. CPr. I S. 7 ff., Reuling in Heymanns Litt.-Bl. I S. 12, Barazetti a. a. O. S. 6 ff.] Nimmt man aber den früheren gemeinrechtlichen Begriff des Rechtsmittels zum Maßstabe, so muß man nicht bloß Berufung, Revision und Beschwerde, sondern auch die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage [so Bolgiano a. a. O. und Ztschr. f. d. CPr. II S. 110 ff., III S. 190 ff., Handb. S. 358, v. Kries a. a. O. S. 9 ff. AM. Hinschius a. a. O., Reuling a. a. O.] sowie den Einspruch [so auch Bolgiano a. a. O. AM. Hinschius, Reuling und v. Kries a. a. O.] als Rechtsmittel gelten zu lassen.

Erster Abschnitt.

Berufung.

1. Über die legislativ-polititische Frage, ob die Zulassung der Berufung im Civilprozesse zweckmäßig sei, enthalten die Motive S. 39—41 ausführliche Erörterungen. Vgl. dazu KPr. S. 213—231, 725—731. Komm.-Ber. S. 7—11. Die neuere Litteratur über diese Frage s. bei Struckm. Koch N. 2 vor § 472, 5. Aufl. S. 523.

2. Über die Konstruktion der Berufung im CPr. bemerken die Motive:

„Die Berufung stimmt dem Grundcharakter nach mit der römisch-rechtlichen Appellation überein. Das Berufungsrecht ist nicht, wie die gemeinrechtliche Befugnis der Appellation,

ein Recht auf Kritik des Verfahrens erster Instanz oder auf Nachprüfung und Berichtigung des unterrichterlichen Urteils vom Gesichtspunkte der Frage aus, ob gerecht geurteilt, d. h. das dem Unterrichter vorgelegte Material richtig gewürdigt sei, vielmehr das Recht auf Gewährung eines neuen Judizium, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem anderen Richter. Daß das neue Verfahren mit dem voraufgegangenen Verfahren, insbesondere mit dem in diesem erlassenen Urteil, welches angefochten wird, im nächsten Zusammenhange steht, ist selbstverständlich und das Fortwirken gewisser in erster Instanz bereits eingetretener Rechtsnachteile nicht ausgeschlossen."

3. Berufungsgerichte sind die Landgerichte in den vor den Amtsgerichten, die Oberlandesgerichte in den vor den Landgerichten verhandelten Sachen (GVG. § 71 und § 123 Nr. 1).

4. Die Gerichtsgebühren erhöhen sich in der Berufungsinstanz um ein Viertel (GKG. § 49); die Anwaltsgebühren sind die gleichen, wie in erster Instanz.

5. Wegen der aufschiebenden Kraft der Berufung s. § 645.

§ 472.

Die Berufung findet gegen die in erster Instanz erlassenen Endurteile statt.

Mot. S. 40, 41, 295—299. KPr. S. 213—231, 558, 703, 725—731.

1. a) Die Berufung findet statt gegen **alle** Endurteile [über den Begriff Endurteil s. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 7 ff.]. Endurteile sind Urteile, welche den Prozeß ganz oder teilweise, bedingt oder unbedingt erledigen. Also auch die Teilurteile (§§ 273, 274). Das Gesetz kennt keinen Vorbehalt der Berufung bis zum letzten Teilurteil. Die Mot. S. 297 verwerfen die Gestattung solchen Vorbehalts mit Rücksicht darauf, daß dadurch der Hauptvorteil der Teilurteile, d. i. der baldige Eintritt der Rechtskraft, verloren gehen würde (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 273). Die einzelnen Teilurteile sind also selbstständiger Berufung und Rechtskraft fähig. Wegen Appellabilität der Ergänzungsurteile sowie der Urteile, welche einen Ergänzungsantrag abweisen, s. Bem. Nr. 3 litt. d zu § 292. — Zu den selbständig appellablen Endurteilen gehört das durch Eid bedingte Endurteil; dies folgt aus der Natur des bedingten Endurteils (vgl. darüber Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 297), ferner aus Abs. 2 des § 425. — Es gehört hierher nicht bloß das Endurteil zur Sache, sondern auch das Endurteil, welches die Klage wegen eines Mangels der Prozeß- oder der Klagevoraussetzungen abweist (absolutio ab instantia); das Verweisungsurteil nach §§ 249, 466, 467 (s. Bem. Nr. 3 zu § 249, Bem. Nr. 1 zu § 466, Bem. Nr. 2 zu § 467); das Urteil, welches den Einspruch aus prozessualischen Gründen zurückweist (s. Bem. Nr. 3 zu § 306) oder das Gesuch um Restitution gegen den Ablauf der Einspruchsfrist abschlägt (s. Bem. Nr. 2 litt. c α zu § 216); das Urteil, welches den ursprünglichen Beklagten nach § 72 oder § 73 aus dem Prozesse entläßt (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 72, Bem. Nr. 4 litt. c zu § 73); das Urteil, durch welches nach Unterbrechung des Verfahrens der Antrag auf Feststellung der Rechtsnachfolge bzw. der Aufnahme abgewiesen wird (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 217); das analoge Urteil nach KO. § 8 und Anf.Ges. § 13 (s. Bem. Nr. 7 zu § 217); die Urteile nach Inzidentrestitution aus § 432 oder § 433 (s. Bem. Nr. 3 zu § 432 und Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 433); das amtsgerichtl. Urteil, welches den Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl für begründet erklärt, wenn der Anspruch nicht zur Zuständigkeit des Amtsgerichts gehört (s. Bem. Nr. 5 Abs. 2 zu § 640). — Nicht ausgenommen von der Appellabilität ist das Endurteil auf Grund eines Verzichts oder Anerkenntnisses (s. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 277, Bem. Nr. 4 litt. a zu § 278), das Endurteil, welches den Eintritt der Folge eines bedingten Endurteil ausspricht (s. Bem. Nr. 2 zu § 427). Aufgehoben sind alle gemein- oder partikularrechtlichen Beschränkungen der Berufung gegen Endurteile, z. B. l. 7 pr. D de apell. rec. 49, 6; l. 4, 5, 8 C. quor. app. non rec. 7, 65. Auch Endurteile im

Zwangsvollstreckungsverfahren (s. z. B. § 781), ferner in dem Arrest oder einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren (§§ 802, 805 Abs. 1, 806 Abs. 2, 807) sind mit Berufung anfechtbar. — Das Gesetz kennt keine Beschränkung durch eine Berufungssumme (summa appellabilis).

Ausgenommen von der Berufungsfähigkeit sind jedoch solche Endurteile, welche ausschließlich im Kostenpunkt erkennen (§ 94).

b) Die Berufung ist **nur** gegen Endurteile zulässig. Ausgeschlossen von der Anfechtung mittels selbständiger Berufung sind alle Entscheidungen, welche nicht Endurteile sind, also die Verfügungen, die Beschlüsse und die drei in Bem. Nr. 2 zu § 275 erwähnten Arten von Zwischenurteilen. Inwieweit Verfügungen, Beschlüsse und Zwischenurteile, welche dem Endurteile vorausgegangen sind, der Beurteilung des Berufungsgerichts durch Berufung gegen das Endurteil unterstellt werden, s. § 473.

c) In Bezug auf Rechtsmittel den Endurteilen gleichgestellt und daher selbständig durch Berufung anfechtbar ist das Zwischenurteil, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird (§ 248 Abs. 2), das Zwischenurteil, welches über den Grund eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs vorab entscheidet (§ 276 Abs. 2; vgl. dazu Bem. Nr. 3 zu § 276) und das im Urkunden- und Wechselprozeß unter Vorbehalt der Rechte ergehende Urteil (§ 562 Abs. 3).

2. Berechtigt zur Einlegung der Berufung sind:

a) Die Hauptparteien, von denen der Rechtsstreit in erster Instanz geführt worden ist, und ihre Gesamtrechtsnachfolger. Wer in erster Instanz nicht Partei war, kann nicht durch Einlegung des Rechtsmittels dem Prozeß als Hauptpartei beitreten [vgl. RG. 18. Nov. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 442 ff.]. Verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit, z. B. durch Entmündigung, so kann an ihrer statt ihr gesetzlicher Vertreter die Berufung ergreifen. Wegen Unterbrechung durch Konkurseröffnung und Aufnahme durch den Konkursverwalter s. § 218. Der Sonderrechtsnachfolger einer Partei kann die Berufung einlegen, wenn er den Prozeß rechtswirksam als Hauptpartei übernehmen kann; hierzu ist regelmäßig die Zustimmung sowohl der Partei, an deren Stelle der Rechtsnachfolger eintreten will, wie des Gegners nötig; Ausnahme: § 237. — Die Vorschrift des C. c. art. 1166, wonach die Gläubiger befugt sind, alle Rechte und Klagen ihres Schuldners geltend zu machen, welche nicht ausschließlich dessen Person ankleben [vgl. Zachariä Hdb. d. franz. CR. § 312 N. 5, Sirey-Gilbert N. 21 zu Art. 1166 und die Cit.], ist durch die CPrO. nicht berührt [so auch Struckm. Koch N. 5, Hellmann Komm. II S. 385. Petersen S. 696].

Von mehreren Streitgenossen der ersten Instanz kann jeder für sich das Rechtsmittel einlegen. Die Berufung eines Streitgenossen gereicht dem andern weder zum Vorteil noch zum Nachteil, es wäre denn, daß sich aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder der CPrO. ein anderes ergäbe (§ 58). Über diese Vorbehalte vgl. Bem. Nr. 3 zu § 58 und Bem. Nr. 3 zu § 59. Aus § 59 ergiebt sich, daß in allen Fällen der sog. notwendigen Streitgenossenschaft (s. Bem. Nr. 3 zu § 59) die seitens eines Streitgenossen eingelegte Berufung sowie dessen Prozeßthätigkeit in der Berufungsinstanz und das etwa erwirkte abändernde Urteil den nicht appellierenden Streitgenossen zu gut kommt, einerlei, ob die letzteren bereits in der Vorinstanz von dem appellierenden Streitgenossen gemäß § 59 vertreten oder ob in der Vorinstanz die nicht appellierenden Streitgenossen selbst im Prozesse thätig gewesen sind. [So auch Struckm. Koch N. 5 zu § 472, Wilm. Levy N. 1 zu § 479, Gaupp II S. 481, Petersen S. 697, Hellmann Komm. II S. 385, v. Kries S. 36 ff.: vgl. a. RG. Entsch. XIII Nr. 70 S. 290.] Da nämlich § 59 für die bezeichneten Fälle bestimmt, wenn ein

Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, seien die säumigen Streitgenossen als durch die nichtsäumigen vertreten anzusehen, so kommt die rechtzeitige Berufung eines Streitgenossen, einerlei ob sie nur im eigenen Namen oder zugleich auch namens der anderen Streitgenossen eingelegt ist, den anderen zu gut und hindert folglich auch ihnen gegenüber den Eintritt der formellen Rechtskraft (§ 645) des angefochtenen Urteils. Daraus folgt aber, daß die Streitgenossen, welche keine Berufung in der Notfrist eingelegt haben, befugt sind, sich in der Berufungsinstanz an dem Verfahren zu beteiligen, ja sogar ihrerseits den appellierenden Streitgenossen, wenn dieser im Termine zur mündlichen Verhandlung ausbleibt, zu vertreten. Es folgt aber auch weiter daraus, daß in diesen Fällen der appellierende Streitgenosse, wenn die nicht appellierenden Streitgenossen in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen sind (daß sie zu laden sind, s. Bem. Nr. 5 Abs. 2 zu § 479), als gesetzlicher Vertreter der nicht appellierenden gilt und daß folglich das erwirkte Urteil der Berufungsinstanz dieselbe Wirkung hat, wie wenn die Streitgenossen appelliert und in dem Termine verhandelt hätten. Übrigens kann der Streitgenosse, welcher allein appelliert hat, die Berufung auch allein zurücknehmen, insoweit nicht einer der vertretenen Streitgenossen sie durch Stellung von Berufungsanträgen in der Verhandlung aufrecht erhält. Die prozessualische Befugnis eines Streitgenossen, die anderen bei der Berufungseinlegung und in der Berufungsverhandlung zu vertreten, dauert fort, insolange die Streitgenossenschaft besteht; hat ein Streitgenosse seinen Austritt aus der Streitgenossenschaft erklärt, so kann er von dem anderen nicht mehr vertreten werden. Welche Folgen sich daraus für das zu erlassende Urteil ergeben, ist eine Frage des materiellen Rechts; es kann sein, daß der Austritt des früheren Streitgenossen aus der Streitgenossenschaft dem materiellen Rechte des anderen insofern schadet, als er dieses allein nicht mehr geltend machen kann; es kann aber auch sein, daß der übrig bleibende das materielle Recht allein geltend machen kann. Die prozessualische Berufungsbefugnis wird durch den Austritt eines Streitgenossen jedenfalls nicht berührt. Verzicht eines Streitgenossen auf die Berufung ist zulässig und enthält den Austritt aus der Streitgenossenschaft, wenn er nicht mit dem Vorbehalt abgegeben ist, daß die anderen Streitgenossen auch keine Berufung ergreifen. — Soweit das bisherige Prozeßrecht einem Streitgenossen auch in anderen Fällen als in denen der sog. notwendigen Streitgenossenschaft die Befugnis einräumte, einen Streitgenossen, welcher nicht Berufung ergriffen hat, in der Berufungsinstanz zu vertreten, ist es als beseitigt zu erachten. Ob die Vorschriften in l. 10 §§ 2, 4 D. de appell. 49, 1; l. 1, 2 C. si unus ex pluribus 7, 68; c. 72 X. de appell. 2, 28 eine solche über die Fälle des § 59 hinausgehende Befugnis enthielten, ist zweifelhaft und wohl zu verneinen [vgl. darüber Martin in Mag. f. den gem. bürgerl. Prozeß I S. 370 ff., v. Linde Handb. I § 128, Planck Mehrheit von Rechtsstr. S. 152—156, 424 f., Wetzell § 54 N. 7—14, Renaud § 59 bei N. 17, § 178 bei N. 31, 32]; wäre die Frage zu bejahen, so würde die weitergehende Vertretungsbefugnis durch die CPrO. beseitigt sein.

b) Der Nebenintervenient in der Normalstellung des § 64 kann als Vertreter der Hauptpartei Berufung einlegen, solange diese nicht auf Berufung verzichtet hat und nicht Widerspruch erhebt (näheres s. Bem. Nr. 2 litt. e zu § 64). Widerspricht die Hauptpartei, so ist die vom Intervenienten eingelegte Berufung „als unzulässig" zurückzuweisen und der Intervenient in die Kosten zu verurteilen. Der Nebenintervenient in der Ausnahmestellung des § 66 kann gegen den Willen der unterstützten Partei und trotz deren Verzicht Berufung ergreifen (s. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 66). Wegen der von dem Nebenintervenienten einzuhaltenden Notfrist s. Bem. Nr. 1 litt. d zu § 477. — Weitergehende Bestimmungen des früheren Prozeßrechts, wonach jeder, der am Ausgang des Prozesses interessiert war, die Berufung einlegen konnte. (l. 4 §§ 2, 3, l. 5, 14 pr. D de appell. 49, 1; l. 2 § 1 D.

quando appell. 49. 4; l. 1 D de appell. rec. 49, 5; vgl. Wetzell § 54 bei N. 6 ff., Renaud § 174 bei N. 26 ff.) sind außer Kraft gesetzt.

3. Die Berufung ist nur zulässig gegenüber der Partei, der gegenüber ein Urteil erster Instanz ergangen ist. Ist gegen einen von mehreren Streitgenossen der ersten Instanz ein Urteil nicht begehrt und nicht erlassen, so kann auch ihm gegenüber keine Berufung eingelegt werden [vgl. RG. 26. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 111 S. 408].

4. Die Prozeßvollmacht enthält nach § 77 die Ermächtigung zur Ergreifung von Rechtsmitteln und zur Bestellung eines Bevollmächtigten für die höhere Instanz. Der Anwalt, der die Berufung eingelegt hat, hat nur auf Verlangen der Partei Vollmacht vorzulegen (§ 84 Abs. 1). Es genügt die von dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz ausgestellte Vollmacht. Kann der Anwalt die Vollmacht nicht nachweisen, so ist nach Ablauf der Frist (§ 85) die Berufung durch ein der absolutio ab instantia entsprechendes Urteil zurückzuweisen und der Anwalt in die Kosten zu verurteilen (vgl. Bem. Nr. 3 u. 5 zu § 84). Daß dem Anwalte erst nach dem Ablauf der Berufungsfrist die Genehmigung zur Vertretung erteilt wurde, beeinträchtigt die Gültigkeit der Berufung nicht (arg. §§ 513 Nr. 5, 542 Nr. 4). — Der gesetzliche Vertreter bedarf zur Einlegung der Berufung keiner besonderen Ermächtigung (§ 52).

§ 473.

Der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurteile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

Mot. S. 298, 299. KPr. S. 231, 558.

1. Die nicht mittels selbständiger Berufung anfechtbaren Entscheidungen (Verfügungen, Beschlüsse, Zwischenurteile vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 472) werden durch Berufung gegen das nachfolgende Endurteil der Beurteilung des Berufungsgerichts unterstellt. Die Anfechtung bleibt vorbehalten bis zum Endurteil. Es ist nicht erforderlich, daß die Berufungsschrift die Anfechtung der Vorentscheidungen erwähne.

§ 473 ist nicht anwendbar auf die drei Nichtendurteile, welche in betreff der Rechtsmittel als Endurteile anzusehen sind (§§ 248 Abs. 2, 276, 562). Da diese Urteile der selbständigen Berufung fähig sind, so können sie nicht mittels Berufung gegen das Endurteil zur Kognition des Berufungsgerichts gebracht werden. Dies folgt schon aus dem Wortlaute der §§ 248 Abs. 2, 276, 562 Abs. 3. Denn wenn diese Urteile „in Betreff der Rechtsmittel als Endurteile anzusehen" sind, so sind sie eben in dieser Beziehung nicht als Zwischenurteile anzusehen. Die gegenteilige Annahme würde auch zu dem ungereimten Resultate führen, daß z. B. ein Urteil, welches prozeßhindernde Einreden verwirft, nach Ablauf der Berufungsfrist eine Zeit lang unanfechtbar, dann aber, wenn das Endurteil erlassen ist, wieder anfechtbar wäre. Natürlich ist nicht ausgeschlossen, daß, solange die selbständige Rechtsmittelfrist gegen eines der genannten drei Zwischenurteile noch nicht abgelaufen ist, gleichzeitig oder nacheinander gegen das Zwischen- und gegen das Endurteil Berufung eingelegt und über beide Berufungen gemeinsam verhandelt wird. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 482, v. Kries a. a. O. S. 160, Fitting Lehrb. § 70 N. 4, Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 63 f., RG. 28. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 121 S. 424 f., 8. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1118, 2. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 86 S. 352.]

Wegen der dem Endurteil vorausgegangenen Versäumniszwischenurteile s. Bem. Nr. 3 zu § 474.

2. Von der Beurteilung durch das Berufungsgericht sind ausgenommen: a) alle ausdrücklich für unanfechtbar erklärten Entscheidungen — s. §§ 37, 46, 118, 143, 160, 203, 242, 290, 291, 320, 371, 451, 496, 625. 631, 647, 656 (689, 690), GVG. § 107; b) die mittels Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen — s. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 530. — Da alle Zwischenurteile, welche einen Zwischenstreit zwischen einer Partei und einem dritten entscheiden, mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind (§§ 68, 126, 352, 367), so unterliegen nur Zwischenurteile unter den Parteien (s. Bem. Nr. 3 und 4 zu § 275) der Beurteilung des Berufungsgerichts.

§ 474.

Ein Versäumnisurteil kann von der Partei, gegen welche es erlassen ist, mit der Berufung nicht angefochten werden.

Ein Versäumnisurteil, gegen welches der Einspruch an sich nicht statthaft ist, unterliegt der Berufung insoweit, als dieselbe darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

Mot. S. 299. KPr. S. 231, 232, 558.

1. Zu Abs. 1: Der römisch-rechtliche Satz „contumax non appellat" (l. 73 § 3 D. de iud. 5, 1; l. 23 § 3 D de appell. 49, 1; l. 1 C. qu. app. non rec. 7, 65; l. 13 § 4 D. de iud. 5, 1; Nov. 82 c. 5) hinderte die in erster Instanz ganz oder teilweise säumige Partei nur, sich in der Berufungsverhandlung solcher Rechtsbehelfe zu bedienen, mit welchen sie durch ihre Versäumnis ausgeschlossen war, während Berufung aus dem Grunde, daß mit Unrecht Versäumnis angenommen oder daß die aus der Versäumnis gezogenen Rechtsfolgen unrichtig gezogen worden seien, stets zulässig war [Wetzell § 54b N. 39 ff., Renaud § 158 a. E.]. Nach der CPrO. kann das erste Versäumnisurteil, d. i. das erste unter Realisierung von Versäumnisfolgen (§§ 217, 295, 296, 312, 430) ergangene Urteil, von der säumigen Partei überhaupt nicht, also auch nicht aus dem Grunde, daß die Folgen aus den nach § 296 als zugestanden anzunehmenden Thatsachen unrichtig gezogen seien, mittels Berufung angefochten werden (KPr. S. 558). Die Unzulässigkeit der Berufung ist nicht Ungehorsamsstrafe (denn es giebt keine Erscheinungspflicht), sondern das Gesetz versagt die Berufung, weil es das einfachere und vollständig ausreichende Schutzmittel des Einspruchs gewährt [Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 266]. War der Kontumazierte zum Verhandlungstermin nicht geladen, steht ihm gleichwohl der Einspruch und nicht die Berufung zu [RG. 5. Febr. 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 1117].

Ist auf Grund einer mündlichen Verhandlung, zu welcher nur eine Partei erschienen ist, ein Urteil ergangen, welches keiner Partei gegenüber Versäumnisurteil ist — s. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 295, Bem. Nr. 2 zu § 296, Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 297, Bem. Nr. 3 zu § 306 (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 310), Bem. Nr. 3 zu § 427 — so kann es von der dadurch beschwerten Partei mit Berufung angefochten werden.

Dem Kläger, dessen Klage deswegen abgewiesen ward, weil seine Behauptungen seinen Antrag nicht begründen (§ 296 Abs. 2), steht gegen dieses Urteil Berufung zu. Legt derselbe Berufung ein, so kann der Beklagte vor dem Berufungsgericht die in erster Instanz versäumten Erklärungen über Thatsachen nachholen, insbesondere die gegnerischen Behauptungen noch bestreiten und alle Verteidigungsmittel vorbringen. Der Beklagte hat weder Veranlassung noch die Befugnis, gegen ein die Klage abweisendes Urteil Einspruch zu erheben. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Petersen S. 695, A. Förster N. 1, v. Kries S. 162 ff., Troll Vers.Urt. S. 240 ff., OLG. Karlsruhe SA. XXXIX Nr. 151. Dagegen behauptet Wach Vortr. S. 203 ff.,

daß der Beklagte gegen das Urteil der ersten Instanz Einspruch einlegen könne und müsse, um die Kontumazialfolge der sog. poena confessi zu beseitigen, und daß er die betreffenden Behauptungen in zweiter Instanz nicht bestreiten könne, bevor er sich durch Einspruch von dem Banne der poena confessi gelöst habe. Einreden und neue Thatsachen, soweit sie nicht zum Gegenbeweise gegen den Klagegrund dienen sollen, will W. dem Beklagten auch ohne Einspruch in zweiter Instanz gestatten. Ebenso Gaupp II S. 483 ff. Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 65 ff. hält mit Wach den Einspruch für notwendig zur Beseitigung der Versäumnisfolge, weicht aber darin von W. ab, daß er dem Beklagten, solange die Versäumnisfolge nicht mittels Einspruchs durch Urteil beseitigt ist, auch Nova in zweiter Instanz nicht vorzubringen gestattet. Abgesehen davon, daß es eine höchst sonderbare Zumutung für den Beklagten wäre, gegen ein ganz und gar zu seinen Gunsten lautendes Urteil wegen der Möglichkeit gegnerischer Berufung im voraus den Einspruch zu erheben, so beruht Wachs Ansicht auf der irrtümlichen Annahme, daß die Geständnisfiktion des § 296 ein wirkliches Geständnis herzustellen vermöge. Das sog. fingierte Geständnis des § 296 ist aber in Wirklichkeit kein Geständnis; vielmehr wird der Beklagte, welcher bis zum Schlusse der Verhandlung nicht erschienen ist, mit dem Bestreitungsrechte präkludiert und deswegen bedürfen die vom Kläger behaupteten Thatsachen keines Beweises (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 4 zu § 296, S. 394). Gleichwie nun die Thatsachen, auf welche sich der erschienene Beklagte in erster Instanz bis zum Schlusse der Verhandlung nicht erklärt hat, zwar in dieser Instanz als zugestanden anzusehen sind, in zweiter Instanz aber ohne weiteres bestritten werden können (§ 493), so dauert auch die kraft § 296 eintretende Präklusion des Bestreitungsrechts nicht für die Berufungsinstanz fort. Wach ist inkonsequent, wenn er die Präklusion des Bestreitungsrechts in zweiter Instanz fortdauern lassen will, die Präklusion der Einreden aber nicht. Die Konsequenz verlangt, auch die nova auszuschließen, wie dies Kohler thut. Aber auch, wenn das sog. fingierte Geständnis wirkliches Geständnis wäre, so liegt ein anderer Irrtum darin, daß das Verhältnis der beiden Zweige der Richterthätigkeit, Thatsachenfeststellung und Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz, konstruiert wird, als ob der Subsumtionsthätigkeit notwendigerweise die Thatsachenfeststellung vorangehen müßte. Wenn die vom Kläger vorgebrachten Thatsachen den Antrag nicht begründen, bedarf es keiner Thatsachenfeststellung; der Richter muß in diesem Falle die Klage abweisen, ohne sich darum zu kümmern, ob die Thatsachen des Beweises bedürfen oder nicht. Das Urteil spricht nur aus: wenn auch die Thatsachen wahr wären, so ist doch die Klage abzuweisen. Mit der Wahrheit oder Unwahrheit der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen hat es gar nichts zu schaffen. Auf das von Gaupp und Kohler angeführte Argument, daß dem Beklagten nicht gestattet sein könne, den Instanzenzug zu durchbrechen und die erste Instanz thatsächlich in die Berufungsinstanz zu verlegen, ist zu erwidern, daß nach der Konstruktion des Berufungsverfahrens eine solche Verschiebung auch im kontradiktorischen Verfahren — warum also nicht auch im Versäumnisverfahren? — möglich ist und daß die Gefahr einer solchen Verschiebung angesichts der Bestimmung des § 92 verschwindet.]

Wurde der nicht erschienene Beklagte teilweise verurteilt und teilweise die Klage abgewiesen, so hat der Kläger gegen den abweisenden Urteilsspruch die Berufung, der Beklagte gegen den verurteilenden den Einspruch. Für diesen Fall gilt die Vorschrift des § 486. Bei Berufung des Klägers hat der Beklagte in der zweiten Instanz nur in Bezug auf den in erster Instanz abgewiesenen Anspruch die Befugnis, Bestreitungen und Verteidigungsmittel nachzuholen. Den verurteilenden Teil des Erkenntnisses darf er in zweiter Instanz nicht berühren. Umgekehrt ist die Einspruchsverhandlung in erster Instanz auf den Anspruch beschränkt, bezüglich dessen Verurteilung erfolgte. Soweit das Urteil der ersten Instanz die Klage abwies, ist die erste Instanz an ihr Urteil gebunden, bis es im Wege der Rechtsmittel

beseitigt ist. Zwar sagen die Mot. S. 305 zur Rechtfertigung des § 486: durch letzteren § werde eine gleichzeitige Verhandlung über dieselben Streitpunkte in zwei Instanzen vermieden und angemessenerweise die Verhandlung über die Berufung völlig abgeschnitten, wenn das angefochtene Urteil bereits durch Einspruch in Wegfall kommt. Aber es ist unstatthaft, daß die erste Instanz den vom Einspruch nicht berührten Teil ihres Urteils kassiert. [So auch Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 1, Hellmann Lehrb. S. 674 f. AM. Wach Vortr. S. 146, teilweise auch Barazetti S. 101 und Troll Vers.Urt. S. 245].

2. Zu Abs. 2: Vgl. Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1 ff. Unter dem Versäumnisurteil, gegen welches der Einspruch an sich nicht statthaft ist, ist das zweite Versäumnisurteil des § 310, nicht aber dasjenige zu verstehen, gegen welches wegen Ablaufs der Einspruchsfrist Einspruch nicht mehr möglich ist (KPr. S. 231, 232). Das Versäumnisurteil nach § 216 Abs. 2 kann in erster Instanz nur ein das Restitutionsgesuch gegen Ablauf der Einspruchsfrist verwerfendes sein, es fällt daher unter § 310. In zweiter Instanz kann das Restitutionsgesuch gegen Ablauf der Berufungsfrist durch ein nach § 216 Abs. 2 mit Einspruch unanfechtbares Versäumnisurteil verworfen werden; dieses Urteil ist gemäß § 529 mittels Revision, aber mit der Beschränkung auf den Grund des § 474 Abs. 2 anfechtbar.

Die Berufung ist beschränkt dem Grunde nach. Sie kann nur darauf gestützt werden, daß der Fall der Versäumung nicht vorlag. Der Fall der Versäumung lag nicht vor a) wenn die angeblich säumige Partei verhandelt hat (es kann ja zweifelhaft sein, ob Verhandeln bzw. Verhandeln zur Hauptsache vorliegt, vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298) oder wenn sie zum Verhandeln bereit war, ihr aber das Gehör verweigert wurde; b) wenn das Versäumnisurteil in einem Termin erlassen worden, der gar nicht zur Verhandlung bestimmt war; c) wenn der Termin nicht am rechten Ort (§ 196) oder nicht zur rechten Zeit abgehalten wurde oder wenn die Sache nicht aufgerufen wurde (§ 197); d) wenn der Antrag auf Versäumnisurteil nicht gestellt war; e) wenn die nicht erschienene Partei nicht oder nicht rechtzeitig geladen war (§ 300 Nr. 2). Da aber in den hier allein relevanten Versäumnisfällen der §§ 310, 216 Abs. 2 die mit dem Einspruch oder dem Restitutionsgesuch verbundene Ladung der säumigen Partei obliegt, so kann der Fall des § 300 Nr. 2 nur eintreten, wenn gerichtliche Bekanntmachung des Termins oder Offizialladung nötig war (s. Bem. Nr. 2 Ziff. III, IV u. V vor § 191) [vgl. Schwalbach a. a. O. S. 10. Irrtümlich rechnet Troll Vers.Urt. S. 229 die Fälle hierher, in denen der Ladende durch den die Ladung besorgenden Gerichtsschreiber nicht oder nicht rechtzeitig vom Termin benachrichtigt wurde; vgl. dagegen Bem. Nr. 2 zu § 458]. Nicht aber kann die Berufung darauf gestützt werden, daß das Gericht nach § 300 Nr. 1 oder 3 den Antrag auf Versäumnisurteil hätte zurückweisen müssen. Nr. 1 des § 300 kommt nicht in Betracht, weil hier der Fall der Versäumung vorgelegen sein kann [vgl. Schwalbach a. a. O. S. 9]; Nr. 3 des § 300 nicht, weil es sich nur um Verwerfung des Einspruchs oder Restitutionsgesuchs handeln kann, wozu die Gegenpartei nichts thatsächliches mitzuteilen und vorzubringen braucht [Schwalbach a. a. O. S. 10]. Die Berufung kann nicht darauf gestützt werden, daß das Untergericht mit Rücksicht auf § 302 hätte vertagen sollen [AM. Schwalbach a. a. O. S. 12, vgl. dagegen Bem. Nr. 1 zu § 302 und Struckm. Koch N. 3 zu § 474]; auch nicht darauf, daß die Ladung einer Vereinbarung über Ruhen des Prozesses zuwiderlief (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 228).

Wegen Zurückverweisung bei begründeter Berufung s. § 500 Nr. 5.

3. Auch Versäumniszwischenurteile (§ 312) unterliegen bei Berufung gegen das Endurteil der Beurteilung des Berufungsgerichts nur insoweit, als die Berufung darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe. [So auch Struckm. Koch

N. 4, Hellmann Komm. II S. 388, Kleiner II S. 513, Wach Vortr. S. 187 f. AM. Wilm. Levy Nr. 3, Petersen S. 695, A. Förster N. 2b, Hellmann Lehrb. S. 694, v. Kries a. a. O. S. 167 ff., Barazetti a. a. O. S. 27, Müller Ztschr. f. d. CPr. IV S. 321 ff., Obermeyer Bl. f. RA. LXVI S. 305, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 351, Troll Vers.Urt. S. 248.] Die hier vertretene Ansicht ist notwendige Konsequenz des dem § 474 zu Grunde liegenden Prinzips, daß Berufung ausgeschlossen sein soll, wo der einfachere Rechtsbehelf des Einspruchs zulässig ist. Der auf den ersten Blick bestechende Einwand, daß Versäumniszwischenurteile nicht größere Kraft als kontradiktorische Zwischenurteile haben können, ist petitio principii und verliert alle Bedeutung, wenn man erwägt, daß ja auch Versäumnisendurteile der Berufung weniger zugänglich, also der Berufungsinstanz gegenüber „kräftiger“ sind, als kontradiktorische Endurteile.

4. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26, Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2, 46; GO. f. RA. §§ 20, 29.

§ 475.

Die Wirksamkeit eines nach Erlassung des Urteils erklärten Verzichts auf das Recht der Berufung ist nicht davon abhängig, daß der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat.

Mot. S. 299, 300. KPr. S. 232, 233, 558.

1. Ob vor Erlassung des Urteils das Berufungsrecht überhaupt, ob es durch einseitige Willenserklärung (Verzicht) oder nur durch zweiseitige Willenserklärung (Vertrag) aufgegeben werden, ob der Wille nur ausdrücklich oder auch durch konkludente Handlungen erklärt werden kann, über alle diese Fragen enthält die CPrO. keine Bestimmung. Der nordd. Entw. § 772 hat die Verzichtleistung auf das Rechtsmittel vor dem Urteile ausgeschlossen: Die Mot. S. 300 enthalten die Bemerkung:

> „Die Gültigkeit eines hierauf (sc. auf Ausschließung des Rechtsmittels vor dem Urteil) gerichteten Vertrags — welchen das franz. Recht (code de proc. art. 7) für das Verfahren vor den Friedensgerichten, code de comm. art. 639 Nr. 2 für das handelsgerichtliche Verfahren) erwähnt — und welcher für das Verfahren vor ordentlichen Gerichten und vor Schiedsgerichten als zulässig gilt (arg. art. 1010 code de proc.) — ist lediglich nach dem Civilrecht zu beurteilen.“

Die Verweisung auf das Civilrecht ist nicht ohne Bedenken, weil es sich nicht darum handelt, ob ein derartiger Vertrag eine civilrechtliche, sondern darum, ob er die prozeßrechtliche Wirkung des Verlustes des prozessualischen Rechts auf die Rechtsmittelinstanz habe. Immerhin wird man annehmen dürfen, daß die Gültigkeit eines vor dem Urteil erklärten Verzichts durch die Nichtaufnahme einer darauf bezüglichen Bestimmung nicht ausgeschlossen werden sollte, sondern nach dem bisherigen Rechtszustand zu beurteilen ist. [So auch die Komment. sowie Planck S. 311 in Verb. m. § 57, Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 243 N. 30, Schwalbach eod. S. 291 ff., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 285 ff.; vgl. a. RG. Entsch. XII S. 434.] Nach gemeinem Recht ist nur der vereinbarte, nicht der einseitige Verzicht gültig: l. 5 § 6 C. de. temp et rep. app. 7, 63. Das in dieser Stelle aufgestellte Erfordernis der Schriftlichkeit ist durch Gewohnheitsrecht beseitigt [vgl. Renaud S. 462]. L. 1 § 3 D. a quib. app. non lic. 49, 2 beweist nicht die Gültigkeit einseitigen Verzichts gegenüber der l. 5 § 6 cit. [AM. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 291]. C. 54 X. de appell. 28, 2 beweist nicht die Gültigkeit eines Verzichts durch konkludente Handlungen, denn diese Stelle handelt vom Verzicht nach dem Urteil. Auch nach preuß. Recht ist die vor dem Urteil getroffene Vereinbarung über Ausschließung von Rechtsmitteln gültig [s. Strieth. Arch. XXI

S. 6, XLVIII S. 233, LVIII S. 121, XCI S. 264]. Ebenso nach franz. Recht [vgl. außer dem ob. Citat aus den Motiven Kohler a. a. O. S. 287 N. 17].

2. Bezüglich des nach Erlassung des Urteils erklärten Verzichts auf das Recht der Berufung bestimmt § 475 zunächst nur, daß dessen Wirksamkeit nicht von der Annahme der Verzichtleistung durch den Gegner abhängig sei. Dabei wird vorausgesetzt, daß die Verzichtleistung prozessualische Wirksamkeit hat, d. i. den Verlust des Rechts der Berufung nach sich zieht. Die Bestimmung, daß der Verzicht unabhängig von der Annahme desselben wirksam ist, gilt für jede Verzichtserklärung, welche in irgend welcher prozessualischer Form — mündlich, im Termin vor dem Prozeßgericht oder zu Protokoll vor einem beauftragten oder ersuchten Richter oder durch Zustellung eines Schriftsatzes oder einer protokollarischen Erklärung an den Gegner — abgegeben wird. Nicht zweifellos ist, ob auch die nicht in prozessualischer Form abgegebene Erklärung als einseitige wirksam ist. Dafür spricht, daß die Entwürfe den Satz enthielten: „Die Verzichtleistung kann auch durch Handlungen erfolgen, aus welchen die Absicht hervorgeht, das Urteil nicht anfechten zu wollen." Dieser Satz wurde zwar gestrichen (s. u.); aber dessen frühere Verbindung mit der Bestimmung über die Wirksamkeit der einseitigen Verzichtserklärung läßt ersehen, daß letztere Bestimmung auch die nicht in den prozessualischen Formen auftretende, außergerichtliche Erklärung treffen sollte. Immerhin muß die außergerichtliche Erklärung für den Gegner bestimmt und abgegeben sein, der Erklärende muß sich derselben entäußert haben. Daher genügt eine nicht für den Gegner bestimmte Äußerung gegenüber einem dritten sowenig, als die noch nicht aus der Hand gegebene (schriftliche) Verzichtserklärung. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 486 f., Petersen § 699, A. Förster N. 2. Abweichend: Puchelt II S. 316, v. Kries S. 58, Barazetti S. 71.] Für die außergerichtliche Verzichtserklärung gilt kein Anwaltszwang.

Die Entwürfe enthielten als Abs. 2 zu dem jetzigen § 475 den oben cit. Satz, daß die Verzichtleistung auch durch Handlungen erfolgen könne, aus welchen die Absicht hervorgeht, das Urteil nicht anfechten zu wollen. In der JK. d. RT. wurde diese Bestimmung bekämpft, weil über die Frage, ob durch konkludente Handlungen auf die Berufung verzichtet worden sei, häufig Streit entstehen könne, und schließlich gestrichen. Daß dies in der Absicht geschah, den Verzicht durch konkludente Handlungen auszuschließen, ist sicher. Ob aber der Abstrich genügte, um das gewollte Ziel zu erreichen, ist nicht zweifellos. Erwägt man, daß der Verzicht auf Berufung nach dem Urteil ein Akt von prozessualischer Wirksamkeit ist und daß prozessualische Erklärungen durchaus nicht allgemein durch konkludente Handlungen zur Erscheinung gelangen können, so wird man die Wirksamkeit eines durch konkludente Handlungen erklärten Verzichts verneinen müssen. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 487, Petersen S. 699, A. Förster N. 2, Hellmann Komm. II S. 392, v. Bülow N. 1, v. Sarwey I S. 658, Barazetti S. 72 u. A., sowie RG. 18 Mai 1886 Entsch. XVI Nr. 83 S. 346. AM. Siebenhaar S. 482, Puchelt II S. 317, v. Kries S. 59 ff., Planck I § 60 N. 9, Hellmann Lehrb. S. 645 f., Kohler a. a. O. S. 285, Troll Vers.Urt. S. 202.] Keinesfalls ist in der Bezahlung der Prozeßkosten ein Verzicht auf das Rechtsmittel zu finden [vgl. RG. 8. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 105 S. 385].

Beseitigt sind die Vorschriften des franz. Rechts über acquiescement.

3. Verzicht vor und nach dem Urteil gewährt einen Einwand gegen die Zulässigkeit der Berufung. Darüber, ob durch Verzicht formelle Rechtskraft eintritt, s. Bem. Nr. 4 zu § 645. — Der Verzicht auf Berufung hindert nicht die Anschließung an die Berufung des Gegners (§ 482 Abs. 1).

4. Der Prozeßbevollmächtigte kann wirksam auf die Berufung verzichten; die Vollmacht kann in diesem Punkte nicht beschränkt werden (§§ 77, 79).

§ 476.

Die Zurücknahme der Berufung ist ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten zulässig.

Die Zurücknahme erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Die Zurücknahme hat den Verlust des Rechtsmittels und die Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Auf Antrag des Gegners sind diese Wirkungen durch Urteil auszusprechen.

Mot. S. 300. KPr. S. 233, 558.

1. Litteratur: Möller Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 182, Schultzenstein eod. XXVII S. 229 ff., Birkmeyer Rechtsfälle S. 1 ff., dazu L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVII S. 477 ff.

2. Zurücknahme der Berufung ist die Erklärung des Berufungsklägers, auf das eingelegte Rechtsmittel zu verzichten. Keine Zurücknahme liegt darin, daß die Berufungsanträge eingeschränkt werden [RG. 8. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 114 S. 371].

3. a) Mit Einwilligung des Berufungsbeklagten kann das Rechtsmittel zurückgenommen werden, solange der Prozeß noch nicht beendigt ist (wegen Beendigung der Prozesses s. Bem. Nr. 3 litt. a Abs. 2 zu § 61, Bem. Nr. 2 zu § 235); also noch nach Erlassung des Schlußurteils bis zu dessen Rechtskraft, ebenso in der Revisionsinstanz [so auch Schultzenstein a. a. O. S. 236 ff. AM. Troll Vers.Urt. S. 204. Vgl. überhaupt Bem. Nr. 3 litt. a zu § 243]; nicht minder nach der Zurückverweisung in die erste Instanz (§§ 500, 501) und in dem nach §§ 502, 503 anhängig bleibenden Verfahren.

b) Ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten kann das Rechtsmittel zurückgenommen werden bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten. Die Vorschrift geht parallel der des § 243 über die einseitige Zurücknahme der Klage und hängt mit der Befugnis zur Anschließung zusammen. Die einseitige Zurücknahme der Klage ist gestattet bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache; die einseitige Zurücknahme der Berufung bis zur mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten. Der Ausdruck „Verhandlung zur Hauptsache" ist hier vermieden, weil die Berufungsbeschwerde sich nach Umständen lediglich auf prozessualische Punkte — im Gegensatz zur materiellen Rechtsfrage — bezieht. Aber wenn der Berufungsbeklagte über die formale Seite des Rechtsmittels im Gegensatz zu der Frage nach dem Begründetsein der Berufungsanträge verhandelt, so ist die einseitige Zurücknahme der Berufung gleichwohl nicht ausgeschlossen; erst wenn der Berufungsbeklagte, ohne die Formalien des Rechtsmittels zu beanstanden, sich auf die Frage, ob die Berufungsanträge begründet sind, eingelassen hat, ist die einseitige Zurücknahme präkludiert. Im übrigen findet Bem. Nr. 3 litt. b zu § 243 entsprechende Anwendung.

4. Der prozessualische Akt der Zurücknahme. Die Bem. Nr. 4 zu § 243 findet hierher entsprechende Anwendung.

5. Die Wirkungen der Zurücknahme. a) Die Wirkungen der Einlegung des Rechtsmittels werden beseitigt; ferner wird durch den in der Zurücknahme gelegenen Verzicht die Wiederholung der Einlegung, auch wenn noch Frist dazu offenstände, unzulässig. Die Verzichtswirkung tritt jedoch nicht ein, wenn eine vor Zustellung des Urteils oder sonstwie inkorrekt eingelegte Berufung zurückgenommen wird. [So auch Struckm. Koch N. 4 zu § 477, Wilm. Levy N. 4 zu § 476, Gaupp II S. 489, Petersen S. 700, A. Förster N. 4 zu

§ 476, Haas Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 844 ff. Vgl. a. RG. 17. Jan. 1883 Entsch. IX Nr. 121 S. 421.] Die Befugnis, sich der selbständigen Berufung des Gegners anzuschließen, geht durch die Zurücknahme der Berufung nicht verloren. Wegen der Wirkung der Berufungszurücknahme auf die Anschließung s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 483.

b) Der Berufungskläger wird durch die Zurücknahme verpflichtet, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Im übrigen findet Bem. Nr. 5 litt. b zu § 243 hierher entsprechende Anwendung. [AM. teilweise Möller a. a. O. S. 184, insofern er nach der Zurücknahme Ladung des Berufungsklägers für nötig hält.]

c) Die Wirkungen der Zurücknahme der Berufung sind die gleichen, mag die Zurücknahme einseitig oder mit Einwilligung des Gegners geschehen sein. Durch die Zurücknahme nach Erlassung eines noch nicht rechtskräftigen Urteils wird auch das Urteil beseitigt.

6. Die Vereinbarung der Parteien, daß das Rechtsmittel zurückgenommen werden solle, ist noch nicht Zurücknahme, hat also nicht die Wirkungen des § 476 Abs. 3 [aM. bay. o. LG. SA. XXXIX Nr. 64]; erst wenn der Berufungskläger auf Grund der Vereinbarung den Zurücknahmeakt vollzieht, treten diese Wirkungen ein. Aus der Vereinbarung kann möglicherweise ein materiellrechtlicher Einwand gegen die Berufungsanträge, aber kein prozessualischer Einwand gegen die Zulässigkeit der Berufung geschöpft werden. Wegen Klage auf Zurücknahme vgl. Bem. Nr. 7 zu § 243 g. E.

§ 477.

Die Berufungsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Urteils.

Die Berufung kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urteils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urteils ist wirkungslos.

Mot. S. 300—303. KPr. S. 233, 234, 243, 558, 703, 725—730.

1. a) Wegen Berechnung der Frist s. § 200. Aus der Eigenschaft als Notfrist folgt die Anwendbarkeit der §§ 201 Abs. 2 (die Gerichtsferien hemmen die Frist nicht), 202 (die Frist kann nicht verlängert und nicht gekürzt werden), 211 ff. (Möglichkeit der Wiedereinsetzung), 226 (Aufhören des Fristenlaufs bei Unterbrechung und Aussetzung), 228 (keine Hemmung durch Ruhen des Verfahrens).

b) Die Berufungsfrist beginnt mit der Zustellung des Urteils und zwar gemäß § 198 Abs. 2 auch für die Partei, welche die Zustellung bewirkt. Ist Zustellung von Amtswegen vorgeschrieben (§ 582), so läuft die Frist beiden Parteien gesondert von der Zustellung ab [RG. 21. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 111 S. 364, bay. o. LG. Bl. f. RA. LIII S. 154], doch wird auch durch frühere Zustellung seitens einer Partei die Notfrist in Lauf gesetzt. Von Amtswegen ist außer dem Falle des § 582 kein Urteil zuzustellen; ist dies dennoch geschehen, so wird dadurch die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf gesetzt (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 582).

c) Für jeden Streitgenossen beginnt die Frist gesondert mit der Zustellung an ihn, nicht etwa für alle mit der letzten Zustellung. Wegen Wahrung der Frist durch einen Streitgenossen für die übrigen im Falle des § 59 s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 472.

d) Für den Nebenintervenienten in der Normalstellung des § 64 beginnt die Frist mit der Zustellung an die unterstützte Partei [RG. 29. März 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1065, 8. Juli 1887 Entsch. XVIII Nr. 97 S. 416]; für den Nebeninternenienten in der Stellung des § 66 aber erst mit der Zustellung an ihn selbst [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 480].

e) Die Frist zur Berufung gegen Teilurteile läuft gesondert je von der Zustellung des Teilurteils; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 273.

f) Die Motive bemerken: „Der Lauf der Berufungsfrist wird durch Anträge auf Erläuterung und Berichtigung des Urteils bzw. Thatbestandes (§§ 290, 291) nicht berührt. . . . Jede Partei kann bei den Anträgen auf Erlaß einer Deklaration von Schreib- und Rechnungsfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten (§ 290 Abs. 1) davon ausgehen, daß ihrem Antrage stattgegeben werde, und nach Maßgabe des hiernach sich ergebenden Inhalts des Urteils ihren Entschluß bezüglich des Rechtsmittels fassen. Die Berichtigung des Thatbestandes (§ 291) hat eine Änderung des übrigen Inhalts des Urteils (§ 284 Nr. 4 und 5) nicht zur Folge und kann daher auf diese Frage keinen Einfluß üben."

2. a) Daß die Einlegung der Berufung vor der Zustellung des Urteils wirkungslos sei, ist bestimmt, um die Einheit der Berufungsverhandlung für den Fall beiderseitiger Berufung zu erreichen. Die vor der Urteilszustellung eingelegte Berufung ist ungültig wegen Verstoßes gegen § 477 Abs. 2. [RG. 25. Jan. 1881 Entsch. III S. 409, vgl. RG. 12. Mai 1883 X Nr. 124 S. 401.] Die Ungültigkeit ist von Amtswegen zu beachten [RG. 12. Mai 1883 Entsch. X Nr. 124 S. 401] und kann nicht durch Verzicht oder Präklusion des Rügerechts (§ 267) gehoben werden. Die vorzeitig eingelegte Berufung ist als formell unzulässig zu verwerfen. [Vgl. jedoch RG. 26. März 1881 Entsch. IV Nr. 118 S. 415, welches urgiert, daß in diesem Fall die Einlegung „als wirkungslos" erklärt werde. Dagegen, daß gerade nur diese Formel statthaft sei, s. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 497.] Eine andere Frage ist, ob die formellen Mängel einer der Rechtsmitteleinlegung vorangegangenen Urteilszustellung durch Verzicht oder Präklusion des Rügerechts der Gegenpartei geheilt werden können; diese Frage dürfte nach den Ausführungen in Bem. Nr. 1 zu § 156 zu bejahen sein. [AM. RG. 12. Mai 1883 Entsch. X Nr. 124 S. 401.]

b) Ein Streitgenosse und ein Nebenintervenient in Streitgenossenstellung (§ 66) kann die Berufung erst einlegen, wenn das Urteil ihm oder von ihm zugestellt ist. Dagegen kann ein Nebenintervenient in der Stellung des § 64 die Berufung schon dann gültig einlegen, wenn das Urteil der unterstützten Partei oder von dieser zugestellt ist [vgl. Wach I S. 644 N. 22, RG. 8. Juli 1887 Entsch. XVIII Nr. 97 S. 418, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 480, OLG. Rostock Meckl. Ztschr. III S. 148]. Dasselbe muß in dem Falle gelten, wenn ein Nebenintervenient in der Stellung des § 66 dem Prozesse erst durch Rechtsmitteleinlegung beitritt, weil zuvor kein Anlaß bestand, ihm das Urteil zuzustellen.

Hat ein Streitgenosse (einerlei ob Streitgenossenschaft nach § 58 oder nach § 59 vorliegt) das Urteil zustellen lassen, so kann der Gegner ihm gegenüber, nicht aber gegenüber einem anderen Streitgenossen, welcher noch nicht zugestellt hat und dem auch noch nicht zugestellt worden ist, das Rechtsmittel einlegen [vgl. RG. 30. Nov. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 726].

§ 478.

Wird innerhalb der Berufungsfrist ein Urteil in Gemäßheit des § 292 durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt, so beginnt mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem. Wird gegen beide Urteile von derselben Partei Berufung eingelegt, so sind beide Berufungen mit einander zu verbinden.

KPr. S. 234—236, 558.

1. Das ergänzte und das ergänzende Urteil verhalten sich zu einander wie Teilurteile. Zur Berufung gegen jedes der beiden Urteile läuft eine selbständige, von der Zustellung beginnende Frist. Es kann gegen das eine Urteil Berufung eingelegt werden und gegen das andere nicht. Um für den Fall, daß die ergänzende Entscheidung innerhalb der Berufungsfrist des ersten Urteils verkündet wird, die Kombination der beiden Berufungen zu ermöglichen, wurde in der JK. des RT. der § 478 eingefügt. Hiernach beginnt mit der Frist zur Berufung gegen das zweite Urteil die Frist gegen das erste Urteil von neuem, wenn die Verkündung des zweiten Urteils in die Frist zur Berufung gegen das erste Urteil fällt, und zwar gilt dies für beide Parteien. Die Vorschrift, daß die zwei Berufungen derselben Partei zu verbinden sind, ist instruktionell. Es kann nicht nur vor, sondern auch nach Erlassung des Ergänzungsurteils Berufung gegen das erste Urteil und dann noch Berufung gegen das Ergänzungsurteil eingelegt werden.

2. Die Verkündung eines Ergänzungsurteils innerhalb der Frist zur Berufung gegen das ergänzte Urteil bewirkt, daß dieses Urteil die Rechtskraft nicht beschreitet, bevor die Frist zur Berufung gegen das Ergänzungsurteil abgelaufen ist und daß jederzeit bis zu diesem Zeitpunkte auch gegen das ergänzte Urteil Berufung eingelegt werden kann. Z. B.: Das erste Urteil ist am 1. April zugestellt, am 30. April wird das Ergänzungsurteil verkündet und am 20. Mai zugestellt. Auch in der Zeit vom 2. bis 19. Mai ist das erste Urteil nicht rechtskräftig und daher nicht vollstreckbar; auch in dieser Zeit, nicht erst wieder nach Zustellung des Ergänzungsurteils, kann Berufung eingelegt werden [vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 492, Petersen S. 702. AM. Endemann II S. 406, v. Kries Rechtsmittel S. 72].

3. Auf die Fälle, in welchen die Berufungsfrist gegen das erste Urteil abgelaufen, ehe das zweite erlassen ist, bezieht sich § 478 nicht. Hier wird das erste Urteil mit Ablauf der Berufungsfrist rechtskräftig. Andererseits ist aber zur Anwendung des § 478 nicht nötig, daß gegen das erste Urteil schon Berufung eingelegt ist [was Endemann II S. 406 irrtümlich anzunehmen scheint].

4. Auch bei Urteilsergänzung nach § 654 ist der § 478 anwendbar [OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 243].

§ 479.

Die Einlegung der Berufung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) die Bezeichnung des Urteils, gegen welches die Berufung gerichtet wird;
2) die Erklärung, daß gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde;
3) die Ladung des Berufungsbeklagten vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung.

Mot. S. 303. KPr. S. 236, 558.

1. Der § 479 steht in Parallele zu §§ 230 und 305 und enthält die wesentlichen Erfordernisse der Berufungsfrist. Daß die Berufung nur durch einen bei dem Prozeßgericht zugelassenen Anwalt eingelegt werden kann, folgt aus § 74. Der Schriftsatz muß zum Zeichen dessen, daß er von einem solchen Anwalt ausgeht, dessen Unterschrift tragen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 74). Gleichgültig ist dagegen, ob der Auftrag zur Zustellung der Berufungsschrift von dem bei dem Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalt oder von der Partei selbst erteilt, ob dieser oder jener als betreibender Teil genannt ist (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 74 u. Entsch. XVII Nr. 100 S. 392 ff.]. Die Berufungsschrift muß die Aufforderung zur Anwaltsbestellung

enthalten (§ 192). Auf den Fall, daß die Berufungsschrift nicht den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, finden die über die mangelhafte Klageschrift in Bem. Nr. 4 u. 5 zu § 230 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung mit dem Abmaße, daß in § 497 die Offizialprüfung der ordnungsmäßigen Form vorgeschrieben ist.

2. Zu Nr. 1: Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 305.

3. Zu Nr. 2: Bestimmte Worte sind nicht erforderlich, auch nicht das Wort „Berufung"; es genügt, wenn die Absicht, Berufung einzulegen, ausgedrückt ist (Mot. S. 303).

4. Zu Nr. 3: Vgl. Bem. Nr. 3 Ziff. VI zu § 230. Der Termin muß vom Vorsitzenden ohne Prüfung, ob die Berufung zulässig sei, bestimmt werden; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 193. Gegen Versagung des Termins ist Beschwerde statthaft. — Die Zustellung der mit der Terminsbestimmung versehenen Berufungsschrift ohne die Aufforderung zum Erscheinen ist nicht Ladung. [RG. 29. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 111 S. 398. Vgl. a. RG. 18. Jan. 1881 III Nr. 110 S. 391 und 9. Febr. 1881 IV Nr. 96 S. 356.] Enthält die dem Berufungsbeklagten ausgehändigte Abschrift der Berufungsschrift den Termin nicht, während im Original der Termin steht, so ist die Zustellung ungültig, aber diese Ungültigkeit kann nach § 267 Abs. 1 gehoben werden [RG. 13. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 113 S. 388].

5. Die Zustellung der Berufungsschrift muß unter Beobachtung des § 164 an die Gegenpartei erfolgen. Besteht letztere aus mehreren Streitgenossen, so muß an jeden Streitgenossen dem gegenüber Berufung eingelegt werden will, innerhalb der Notfrist zugestellt werden. Wird nur an einzelne von mehreren Streitgenossen zugestellt, so wird das Urteil den andern gegenüber rechtskräftig. Ist die Streitgenossenschaft von der in § 59 bezeichneten Art, so wird die Berufung nur materiellen Erfolg haben, wenn sie innerhalb der Notfrist an alle Streitgenossen zugestellt ist [Gaupp II S. 494, Petersen S. 697, v. Sarwey I S. 662, A. Förster N. 4 b, Hellmann Lehrb. S. 679 und RG. Entsch. XIII S. 408]. Formell (prozessualisch) unzulässig ist aber die Berufung, welche nur einzelnen Streitgenossen gegenüber eingelegt ist, nicht [AM. Struckm. Koch N. 4 zu § 59, Wilm. Levy N. 1 zu § 479, Barazetti S. 62, bay. o. LG. SA. XXXIX Nr. 136].

Legt ein Streitgenosse Berufung ein, so muß er an die übrigen Streitgenossen nicht zustellen; denn diese sind nicht notwendig Streitgenossen der Rechtsmittelinstanz. Nur im Falle des § 59 muß der appellierende Streitgenosse die übrigen laden (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 60 und Bem. Nr. 2 litt. a zu § 472). Daß die Ladung derselben innerhalb der Notfrist liege, ist nicht nötig [so auch Wilm. Levy N. 1 und OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 480. AM. Hellmann Komm. II S. 397, Barazetti S. 62]. Unterblieb die Ladung in einem Falle, in dem sie nötig war, so treten die in Bem. Nr. 2 zu § 60 erörterten Folgen, nicht die Verwerfung der Berufung als unzulässig ein.

6. Die Einlegung der Berufung in Konsularsachen erfolgt durch Einreichung der dem § 479 entsprechenden Berufungsschrift bei dem Konsul, ohne Anwaltszwang (vgl. RG. über die Konf.-Gerichtsbarkeit v. 20. Juli 1879, RGBl. S. 197, § 20).

§ 480.

Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Berufungsschrift Anwendung.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Berufungsschrift insbesondere enthalten: die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten werde und welche Abänderungen desselben beantragt werden (Berufungsanträge), sowie die An=

gabe derjenigen neuen Thatsachen und Beweismittel, welche die Partei geltend zu machen beabsichtigt.

Mot. S. 303. KPr. S. 236, 558.

1. Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze s. §§ 121—124. Die Nichtbeachtung zieht auch hier Rechtsnachteile zur Sache nicht nach sich.

2. Auch die Vorschrift des § 480 Abs. 2 ist nur instruktionell. Die Berufungsanträge in der Berufungsschrift haben nur vorbereitende Natur und sind für den Berufungskläger in keiner Weise bindend. [Unrichtig Fuld Mag. f. d. DR. V S. 27 ff.] Der Berufungskläger kann die im Schriftsatze gestellten Anträge in der mündlichen Verhandlung beliebig verändern, erweitern und beschränken; er kann in der Verhandlung ganz andere Beschwerden erheben; er kann sogar, wenn das Urteil über mehrere selbständige Ansprüche sich erstreckt, in der mündlichen Verhandlung einen Antrag bezüglich eines anderen Anspruchs stellen, soweit nicht etwa ein gültiger Verzicht auf die Berufung bezüglich des anderen Anspruchs im Wege steht. Maßgebend für die Grenze der Kognition des Berufungsgerichts sind nur die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge (s. Bem. Nr. 2 zu § 487). [Vgl. RG. 13. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 41 S. 163.]

§ 481.

In betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß, finden die Vorschriften des § 234 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 303. KPr. S. 236, 558, 703, 725—731.

Vgl. die Bemerkungen zu § 234. Auch die kurze Frist für Meß- und Marktsachen gilt in der höheren Instanz. — Die in § 459 für das Verfahren vor den Amtsgerichten bestimmten Einlassungsfristen und die Frist des GVG. § 102 (im Verfahren vor den Kammern für Handelssachen) haben im Verfahren vor dem Berufungsgericht keine Bedeutung [so auch Struckm. Koch N. 1 zu Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 497, Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 683 N. 47. AM. v. Kräwel Ztschr. f. d. CPr. II S. 409 ff.]. Ob die abgekürzte Einlassungsfrist des § 567 Abs. 2 für Wechselsachen in den Rechtsmittelinstanzen gilt, ist zweifelhaft. Daß der Urkundenprozeß hinter den Vorschriften über Rechtsmittel steht, spricht für die Bejahung. Ebenso, daß die Abkürzung in § 567 für gewisse Streitsachen, nicht für das Verfahren vor gewissen Gerichten, angeordnet ist. Dagegen spricht aber die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Im nordd. Entw. stand der dem § 481 entsprechende § 779 hinter dem vom Wechselprozeß handelnden Abschnitt, citierte aber nur den dem § 234 entsprechenden § 404; nach den nordd. Prot. S. 1535 ist die Herübernahme der kurzen Frist für Wechselsachen in das Berufungsverfahren abgelehnt worden. Bei dieser Sachlage ist § 567 Abs. 2 in den Rechtsmittelinstanzen nicht als anwendbar zu erachten. [So auch Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 497, Petersen S. 704 f., v. Bülow N. 3 zu § 567, Kleiner II S. 526, Hellmann Komm. II S. 398, v. Sarwey I S. 663, A. Förster N. 1, Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 494 ff., Stein Urk.Proz. S. 247 f. AM. Struckm. Koch N. 1 zu § 481, v. Kräwel a. a. O., Fischer a. a. O., Barazetti S. 68.]

§ 482.

Der Berufungsbeklagte kann sich der Berufung anschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist.

Die Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnisurteils durch Be-

rufung finden auch auf die Anfechtung desselben durch Anschließung Anwendung.

Mot. S. 303 f. KPr. S. 236, 558 f.

1. Das Recht der Anschlußberufung (accessorische Adhäsion im Gegensatz zu der Prinzipaladhäsion, d. i. der später eingeführten selbständigen Berufung des Gegners, genannt) findet sich im röm. Recht: l. 39 pr. C. de appell. 7, 62, ist anerkannt im kanonischen Recht: c. 4 in 6to de elect. 1, 6, im Kammergerichtsprozeß: KGO. v. 1555 Th. III Tit. 32 § 5 RA. v. 1556 § 116, RA. v. 1594 § 96 und im früheren gem. Prozeß; vgl. Renaud § 180, Wetzell § 56 Nr. 51 ff. Litteratur z. CPrO.: Kleinschmidt Ztschr. f. d. CPr. V S. 456 ff., Fenner eod. VII S. 67 ff.

2. Die Motive bemerken: „Die Berufung bringt, da die Berufungsschrift auch rücksichtlich der Anträge nur vorbereitend ist, den ganzen Rechtsstreit in die Berufungsinstanz. Demgemäß kann der Berufungsbeklagte sich der Berufung seinerseits anschließen, und zwar ohne das gemeinrechtliche Erfordernis der Konnexität der Anschlußbeschwerden mit denen des Berufungsklägers und auch rücksichtlich der Entscheidung des Kostenpunkts, für welche allein die Berufung ausgeschlossen wäre (§ 94). Der Berufungskläger kann dies Recht durch Beschränkung seiner Anträge auf einen Teil des Streitgegenstandes nicht beeinträchtigen, da auch er an Erweiterung derselben nicht gehindert ist."

Die Anschließung ist also für den ganzen Umfang des angefochtenen Urteils gestattet. Ist in demselben Urteil über mehrere Ansprüche entschieden, so kann der Berufungsbeklagte auch bezüglich der Entscheidung über einen Anspruch adhärieren, die in der Berufungsschrift nicht als beschwerend angeführt ist; ist in demselben Urteil über Klage und Widerklage entschieden, so kann der Berufungsbeklagte auch bezüglich der Entscheidung über die Widerklage adhärieren, während in der Berufungsschrift nur die Entscheidung über die Klage als beschwerend angeführt ist. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 498, v. Kries S. 150, bay. o. LG. SA. XLI Nr. 250. AM. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 155 N. 201.] Hat dagegen der Berufungskläger vor, bei oder nach der Einlegung des Rechtsmittels in gültiger Weise auf die Berufung bezüglich einer in dem Urteil enthaltenen Entscheidung über einen von mehreren selbständigen Ansprüchen verzichtet — was aber keineswegs schon dadurch geschieht, daß er in der Berufungsschrift einen Teil des Urteils nicht als beschwerend ansicht —, dann kann er in der mündlichen Verhandlung bezüglich der diesen Anspruch betreffenden Entscheidung keine Anträge stellen; folglich kann auch der Berufungsbeklagte bezüglich dieser Entscheidung nicht adhärieren.

Einem Streitgenossen der ersten Instanz gegenüber, welcher nicht Berufung ergriffen hat, ist keine Anschließung möglich [so auch OLG. Hamm SA. XXXVIII Nr. 62]. Der von einem Nebenintervenienten des Gegners eingelegten Berufung kann der Berufungsbeklagte adhärieren [OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 244].

Die Anschließung ist nur möglich bezüglich des Urteils, gegen welches Berufung eingelegt ist. Daher ist es nicht möglich, mittels Anschließung ein selbständig appellables Zwischenurteil (§§ 248, 276, 562) oder ein früheres Teilurteil anzugreifen, während Berufung nur gegen das Endurteil bzw. ein späteres Teilurteil eingelegt ist.

3. Der Verzicht des Berufungsbeklagten auf die Berufung vor oder nach Erlassung des Urteils hindert die Anschließung nicht. Die Motive (S. 304) rechtfertigen dies damit, daß ein solcher Verzicht regelmäßig nur unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit abgegeben werde. Daraus darf nicht geschlossen werden, daß diese Voraussetzung erwiesen werden müßte. — Vertragsmäßiger Ausschluß der Anschlußberufung und Verzicht auf die Anschließung ist wirksam (Mot. S. 304).

Anschließung an eine Anschließung, welche nicht unter § 483 Abs. 2 fällt, hat wegen

des Rechts, die Berufungsanträge stets zu erweitern, keine Bedeutung. Anschließung an eine nach § 483 Abs. 2 als selbständige Berufung anzusehende Anschließung ist wegen der Möglichkeit, auf diesem Wege eine wegen Verzichts oder wegen § 94 unzulässige Berufung als Anschließung aufrecht zu erhalten, von Bedeutung. Deren Zulässigkeit ist nicht zu beanstanden [vgl. RG. 14. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 11 S. 47]. Auch Zurücknahme der eigenen Berufung hindert die Anschließung an die selbständige Anschlußberufung des Gegners nicht, da die Zurücknahme nicht anders, als der Verzicht wirken kann. [So auch Gaupp II S. 499, Petersen S. 706, v. Kries S. 153, Barazetti S. 84.]

4. a) Die Anschließung ist möglich bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das (unbedingte oder bedingte) Endurteil des Berufungsgerichts ergeht; nicht mehr in dem Verfahren, welches nach Aufhebung eines Berufungsurteils und Zurückverweisung (§ 528) seitens des Revisionsgerichts stattfindet, denn dieses Verfahren bildet einen Teil der Revisionsinstanz, der nur aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht vor dem Revisionsgericht verhandelt wird. [So auch Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. XI S. 229 f., 249 ff., preuß. Kamm.-Ger. 1. Mai 1882 eod. S. 251 N. 2, vgl. L. Seuffert eod. VII S. 54 und betreffs des früheren preuß. Rechts Strieth. Arch. LXXX S. 21. AM. Struckm. Koch N. 2 zu § 528, Wilm. Levy N. 3 zu § 528, A. Förster N. 4 zu § 482, Hellmann Lehrb. S. 754, Struckmann Ztschr. f. d. CPr. VI S. 404 ff., RG. 20. Dez. 1882 cit. Entsch. XII S. 410, 22. Dez. 1884 XII S. 408 ff.]

b) Die Anschließung kann auch als eventuelle erfolgen. Nicht bloß ist jede Anschließung, welche unter Beanstandung der Berufungsformalien erklärt wird, eo ipso als bloß eventuelle zu behandeln, wenn sie nicht innerhalb der Berufungsfrist erfolgte (arg. § 483), sondern es ist auch zulässig, den Anschließungsantrag nur für den Fall zu stellen, daß die Berufung nicht als unbegründet verworfen werde. Es sind nämlich sehr wohl Fälle denkbar, namentlich bei Anfechtung von Eidesurteilen, in denen der Berufungsbeklagte für den Fall der Aufrechthaltung des angefochtenen Urteils kein wesentliches Interesse an der Änderung zu seinen Gunsten hat, während er im Falle der Abänderung eine Änderung zu seinen Gunsten zu begehren in der Lage ist. Ein prozessualisches Bedenken gegen einen solchen eventuellen Abänderungsantrag besteht nicht, da es zur Zeit der Erlassung des Urteils über die Berufung dem Gerichte klar sein muß, ob die Eventualität, für welche der Anschließungsantrag gestellt ist, eingetreten ist oder nicht [vgl. RG. 17. März 1885 Entsch. XIII Nr. 92 S. 358. AM. OLG. Jena SA. XL Nr. 159].

c) Die Anschließung erfolgt durch die Verlesung (§ 269) des Abänderungsantrags in dem Termin zur mündlichen Verhandlung. Ein dem Berufungskläger zugestellter, einen Adhäsionsantrag enthaltender Schriftsatz ist nur Vorbereitung der Anschließung (Mot. S. 304). [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 zu § 482, Gaupp II S. 498, A. Förster N. 3, Hellmann Komm. II S. 399, v. Bülow N. 3, Endemann II S. 410, Kleinschmidt Ztschr. f. d. CPr. V S. 457, Fenner eod. VII S. 68, RG. 24. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 104 S. 345, 27. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 114 S. 380, 26. Jan. 1884 XII Nr. 126 S. 434, OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 71.] Daraus, daß die Anschlußberufung erst in dem mündlichen Vortrag des Abänderungsantrags gelegen ist, und aus der Erwägung, daß die Anschlußberufung doch dem Gegner mitgeteilt werden muß, folgt, daß Anschlußberufung in einem Verhandlungstermin, in welchem der Berufungskläger nicht erschienen ist, nicht möglich ist, geradeso wie die Erhebung einer Widerklage in Abwesenheit des Klägers unmöglich ist (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 33). [So auch A. Förster N. 3, Kleinschmidt a. a. O. S. 460, Fenner a. a. O. S. 69, OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 71; vgl. a. Wilm. Levy N. 1 zu § 504 und Gaupp II S. 535, welche jedoch, gleichwie Kleinschmidt S. 459,

in Konsequenz der in Bem. Nr. 2 zu § 483 erwähnten und dort bekämpften Ansicht, daß Zustellung eines den Anschließungsantrag enthaltenden Schriftsatzes innerhalb der Notfrist gleich selbständiger Berufung wirke, für diesen speziellen Fall Anschließung in Abwesenheit des Berufungsklägers gestatten. AM. nämlich für Zulässigkeit der Anschließung in Abwesenheit des Berufungsklägers Struckm. Koch N. 5 zu § 504, Hellmann Lehrb. S. 684, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. XI S. 355, Troll Vers.Urt. S. 163, RG. 27. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 114 S. 380, 26. Jan. 1884 Entsch. XII Nr. 126 S. 434.] Weitere Konsequenzen hinsichtlich des Versäumnisverfahrens s. Bem. Nr. 3 zu § 504.

5. Zu Abs. 2: Aus den Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnisurteils (§ 474) ergiebt sich, daß Anschließung des Kontumazierten überhaupt unmöglich ist. Der Berufung gegen ein Urteil, das teilweise abweist, teilweise als erstes Vers.Urt. verurteilt (§ 296), kann der Kontumazierte sich nicht anschließen, weil er gegen ein erstes Vers.Urt. nicht appellieren kann. Die beiden Vers.Urteile aber, gegen welche der Kontumazierte überhaupt appellieren könnte, nämlich das den Einspruch verwerfende Vers.Urt. (§ 310) und das den Antrag auf Wiedereinsetzung abweisende Vers.Urt. (Bem. Nr. 2 litt. d zu § 216), können nicht teilweise zu Ungunsten der erschienenen Partei lauten, daher von dieser wegen Mangels einer Beschwerde nicht mit Berufung angefochten werden, so daß also eine Anschließung des Kontumazierten wieder nicht vorkommen kann [vgl. Troll Vers.Urt. S. 247 f.].

§ 483.

Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.

Hat der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der erhobenen Berufung angeschlossen, so wird es so angesehen, als habe er die Berufung selbständig eingelegt.

Mot. S. 303, 304. KPr. S. 236, 558, 559.

1. Um ihrer Abhängigkeit von der Berufung willen verliert die Anschließung ihre Wirkung: a) bei Zurücknahme der Berufung. Wird die Berufung vor dem Beginn der Verhandlung des Berufungsbeklagten zurückgenommen, so liegt noch gar keine Anschließung vor (s. Bem. Nr. 4 zu § 482); aber die Kosten, welche durch die Vorbereitung der Anschließung entstanden, müssen von dem Berufungskläger erstattet werden [RG. 24. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 104 S. 345]. Wird die Berufung nach diesem Zeitpunkt zurückgenommen, was nach § 476 Abs. 1 nur mit Einwilligung des Gegners geschehen kann, so liegt in der Einwilligung der Verzicht auf die Adhäsion. b) Bei Verwerfung der Berufung als „unzulässig" (vgl. § 497). Dadurch, daß die Berufung als „unbegründet" verworfen wird, wird die Anschließung nicht wirkungslos. Bei Verwerfung der Berufung wegen Versäumnis des Berufungsklägers behält die in früherer mündlicher Verhandlung vorgetragene Anschließung ihre Wirkung.

2. Die Anschließung hat die Kraft selbständiger Berufung (§ 483 Abs. 2) nur dann, wenn die mündliche Verhandlung, in welcher der Anschlußantrag gestellt wurde, in der Berufungsfrist liegt. Es folgt dies mit logischer Notwendigkeit daraus, daß die Anschließung erst durch die Antragstellung in der mündlichen Verhandlung erfolgt (vgl. Bem. Nr. 4 litt. b zu § 482). Der vorbereitende Schriftsatz des Adhärenten ist nicht der Anschließungsakt; er kann dadurch, daß er innerhalb der Berufungsfrist zugestellt wird, nicht seine Natur als vorbereitender Schriftsatz verlieren und zum Anschließungsakte werden, ohne daß das (wie im nordd. Entw. § 783) im Gesetze ausdrücklich bestimmt wäre. [So auch v. Kries S. 151 f., A. Förster N. 2, Hellmann Lehrb. S. 683. Nach den Motiven S. 304, denen sich die Mehrzahl der

Kommentatoren sowie Barazetti S. 93, Kleinschmidt Ztschr. f. d. CPr. V S. 459 und Troll Vers.Urt. S. 163 f. anschlossen, soll die Adhäsion schon als selbständige Berufung gelten, wenn der die Adhäsion ankündende Schriftsatz dem Gegner innerhalb der Berufungsfrist zugestellt wurde. Es ist richtig, daß nach der hier vertretenen Ansicht die praktische Bedeutung des Abs. 2 sich auf Meß- und Marktsachen und Fälle abgekürzter Einlassungsfrist beschränkt, daher sehr gering ist. Es ist zuzugeben, daß eine Bestimmung, wie sie der nordd. Entw. § 783 enthielt, zweckmäßig wäre. Es ist möglich, daß man bei der Herstellung der späteren Entwürfe der Abweichung vom nordd. Entw. sich nicht bewußt war. Damit kommt man aber nicht darüber hinweg, daß de lege lata die Anschließung erst durch den Vortrag in der mündlichen Verhandlung zu existieren beginnt.] Natürlich kann der Berufungsbeklagte innerhalb der Notfrist selbständige Berufung nach § 479 einlegen.

Für die mit der Kraft selbständiger Berufung ausgestattete Anfechtung gilt der Abs. 1 des § 483 nicht. Die Anschließung kann aber bei Zurücknahme der Hauptberufung oder bei Verwerfung derselben als unzulässig nicht aufrecht erhalten werden, wenn sie als selbständige Berufung (z. B. weil sie nur die Entscheidung im Kostenpunkte betraf oder wegen Verzichts) nicht zulässig gewesen wäre (KPr. S. 236). [Vgl. a. RG. 8. Mai 1885 Entsch. XIII Nr. 120 S. 433.]

§ 484.

Der Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger die Beantwortung der Berufung innerhalb der ersten zwei Dritteile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, mittels vorbereitenden Schriftsatzes zustellen zu lassen.

Der Schriftsatz soll insbesondere die Anträge sowie die Angabe der neuen Thatsachen und Beweismittel enthalten, welche der Berufungsbeklagte geltend zu machen beabsichtigt.

Mot. S. 303. KPr. S. 236, 559.

Vgl. § 244. Die Vorschriften des § 484 sind instruktionell; deren Nichtbeachtung zieht Rechtsnachteile zur Sache nicht nach sich. Für den Schriftsatz gelten die §§ 121 ff.

§ 485.

Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.

Mot. S. 303. KPr. S. 236—238, 559.

1. Die Abweichungen sind in den §§ 486—506 enthalten. — Die allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs finden auf das Verfahren vor den Berufungsgerichten direkte Anwendung. Ebenso die besonderen Vorschriften für den Urkunden- und Wechselprozeß (vgl. jedoch Bem. zu § 481) sowie für das Verfahren in Ehe- und Entmündigungssachen.

2. Wegen der Möglichkeit des vorbereitenden Verfahrens in Rechnungssachen (§§ 313 bis 319) s. Bem. Nr. 1 zu § 313.

§ 486.

Die mündliche Verhandlung ist, wenn an dem für dieselbe bestimmten Tage die Berufungsfrist noch nicht verstrichen ist, auf Antrag des Berufungsbeklagten bis zum Ablaufe der Frist, und wenn der Berufungsbeklagte gegen

das Urteil den Einspruch erhoben hat, auch von Amtswegen bis zur Erledigung des Einspruchs zu vertagen.

Mot. S. 304, 305. KPr. S. 238, 559.

1. Zweck des ersten Teils des § 486 ist, die Einheit der Verhandlung für den Fall beiderseitiger Berufung zu wahren (Mot. S. 304). — In den Entwürfen hieß es „die Berufungsfrist für den Berufungsbeklagten". Die Worte „f. d. Berufungsbekl." wurden in der JK. d. RT. als überflüssig gestrichen, weil die Berufungsfrist für beide Parteien einheitlich laufe (KPr. S. 238). Das ist für Urteile, welche von Amtswegen zuzustellen sind, nicht zutreffend (s. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 477). Trotz dem Abstrich ist § 486 so zu verstehen, wie wenn die bezeichneten Worte nicht gestrichen wären [vgl. Wilm. Levy N. 1]. — Praktische Bedeutung hat § 486 in Meß- und Marktsachen und bei Abkürzung der Einlassungsfrist.

2. Einspruch und Berufung gegen dasselbe Urteil können vorkommen, wenn nach § 296 Abs. 2 die Klage teilweise abgewiesen, teilweise nach Antrag erkannt ist. Die Vertagung muß von Amtswegen erfolgen. Über das Verhältnis der Einspruchs- und der Berufungsverhandlung s. Bem. Nr. 1 a. E. zu § 474.

3. Eine Ausnahme von § 486 s. § 656 Abs. 2.

§ 487.

Vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt.

Mot. S. 305. KPr. S. 338, 559.

1. Mot. S. 305: „Die §§ 487—493 verwirklichen den Charakter der Berufung als eines novum iudicium. Der Rechtsstreit wird vor dem Berufungsgerichte in den durch die Anträge der Parteien bestimmten Grenzen von neuem verhandelt (§§ 487, 498)."

2. Die Grenze der Berufungsverhandlung bestimmen die in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nach § 269 verlesenen Anträge des Berufungsklägers und des Berufungsbeklagten (Anschließungsanträge). Die Grenzen der Zulässigkeit der Berufungsanträge ziehen die §§ 490, 491. — Innerhalb der durch die Anträge bestimmten Grenzen hat das Berufungsgericht selbständig und, ohne an die rechtlichen Gesichtspunkte der Parteien gebunden zu sein, den Prozeßstoff in allen Beziehungen neu zu prüfen. [RG. 30. April 1881 Entsch. IV Nr. 120 S. 422.] Konsequenz des § 487 ist der § 498.

§ 488.

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das durch die Berufung angefochtene Urteil, sowie die dem Urteile vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und den Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dies zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung, nötigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen.

Mot. S. 305, 307. KPr. S. 238, 239, 559.

1. Litteratur: Wach Vortr. S. 184 f., Erythropel Ztschr. f. d. CPr. III S. 132 ff., Koffka Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 271 ff., Bünger Ztschr. f. d. CPr. IV S. 352 ff., Vierhaus eod. V S. 99, Rocholl Rechtsf. I S. 497 ff., Koffka Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 169 ff. Vgl. a. d. Litteraturangaben in Bem. Nr. 1 zu § 258.

2. Die Mot. bemerken:

„Die neue Verhandlung umfaßt nach § 488 eine vollständige Erörterung und Würdigung des Rechtsstreits in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung. Die Natur des auf Anfechtung eines Urteils gerichteten Rechtsmittels bringt es mit sich, daß das angefochtene Urteil die Grundlage der Verhandlung bildet. Der Rechtsstreit soll nicht derart von neuem verhandelt werden, als wäre das Urteil, die in demselben enthaltene Feststellung des Sachverhältnisses und die Beweisverhandlungen nicht vorhanden. Es bleibt immer die Richtigkeit des Urteils zu prüfen, und diese Prüfung muß sich an das dem Gerichte vorliegende Urteil anschließen. Durch den § 506 Abs. 1 ist daher Vorsorge getroffen, daß zur Prozeßleitung dem Berufungsgerichte die Prozeßakten erster Instanz bei der mündlichen Verhandlung vorliegen. Das unter Benutzung dieser Akten auszuübende richterliche Fragerecht (§§ 130, 488 Abs. 2) gewährt dem Rechte und der Pflicht des Gerichts, für vollständige Erörterung der Sache zu sorgen, die erforderliche Grundlage, und es können auf diese Weise alle Zweifel, ob die eine oder die andere Partei Angriffs- oder Verteidigungsmittel, welche nach Inhalt des Urteils vorgebracht sind, aufrecht erhalten oder fallen lassen will, ihre Erledigung finden.“ (Nämlich mittels des Fragerechts (KPr. S. 239.)

„Der § 488 Abs. 2 läßt erkennen, daß die Beweisverhandlungen der ersten Instanz auch im Berufungsverfahren gelten. Der theoretisch unbedenkliche Satz hat aber Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung. Insbesondere stellt die erneute Würdigung der in erster Instanz vernommenen Zeugen diejenige Seite der neuen thatsächlichen Erörterung in der Berufungsinstanz dar, welche die am wenigsten wünschenswerte ist und im geringsten Maße einen besseren Erfolg verspricht, zumal wenn die Zeugen — was die Regel sein soll — vor dem Prozeßgericht vernommen sind. Eine regelmäßige Wiederholung des Zeugenverhörs durch das Berufungsgericht ist nicht ausführbar; erscheint dieselbe aber im einzelnen Falle nach dem Ermessen des Gerichts zu dessen gehöriger Information erforderlich, so giebt ihm die von aller Spezialisierung freigehaltene und nach § 485 anwendbare Vorschrift des § 363 Abs. 1 die Befugnis, die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anzuordnen. In gleicher Weise ist der Berufungsrichter zur Anordnung neuen bzw. zu wiederholenden Sachverständigenbeweises berechtigt (§§ 369, 377, 135 Abs. 1).“

Das Berufungsgericht darf weder thatsächlichen Prozeßstoff noch Beweisverhandlungen bei seiner Entscheidung zu Grund legen, welche ihm von den Parteien nicht mündlich vorgetragen (reproduziert) sind (KPr. S. 239). Dieser Satz folgt sowohl aus dem Mündlichkeitsprinzip als auch aus dem Dispositionsrechte der Parteien über das thatsächliche Vorbringen. Die Richtigkeit und Vollständigkeit des Parteivortrags wird durch die Kontrole der Parteien, des Vorsitzenden (§ 127 Abs. 2, § 130) und der Gerichtsmitglieder (§ 130 Abs. 3) garantiert. Die Verhandlungen der Vorinstanz einschließlich der Beweiserhebungen sind durch die Akten amtlich zur Kenntnis des Gerichts gelangt. Das Gericht hat das Recht und die Pflicht, auf Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Parteivorträge aufmerksam zu machen und deren Vervollständigung oder Berichtigung herbeizuführen. Stellt sich erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung die Unvollständigkeit der Parteivorträge heraus, so darf das Gericht zwar nicht verwerten, was nicht reproduziert ist, andererseits aber auch nicht urteilen, ohne den Versuch gemacht zu haben, in der wieder eröffneten Verhandlung die Vervollständigung herbeizuführen. Aber die Parteien können nicht gezwungen werden, das Material der ersten Instanz vorzutragen, und was sie in zweiter Instanz nicht vorgetragen haben, das darf nicht bei der Urteilsfällung verwertet werden. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 506, Petersen S. 710, A. Förster N. 1, Hellmann Komm. II S. 405, v. Bülow S. 375, Plank I S. 183 f., Erythropel a. a. O. S. 137, Bünger a. a. O. S. 352 ff., Vierhaus a. a. O. S. 99, Barazetti a. a. O. S. 106, v. Kräwel Beitr. z. E. d. DR. XVI S. 819 ff., Troll Vers.Urt. S. 172 ff., RG. 25. Jan. 1881 Entsch. IV Nr. 102 S. 369 f., 20. Nov. 1882 VIII Nr. 88 S. 327. Dagegen behaupten Wach Vortr. S. 184 f., Koffka a. a. O., v. Kries Rechtsmittel S. 155, Rocholl a. a. O., Hellmann Lehrb. S. 704 ff.,

daß das Berufungsgericht den ganzen in den Akten der ersten Instanz enthaltenen Prozeßstoff als offenkundig behandeln und berücksichtigen müsse, auch wenn derselbe nicht reproduziert sei. Vgl. a. Lippmann Arch. f. c. Pr. LXX S. 90, welcher die Wachsche Ansicht mit Beschränkung auf den Inhalt des Urteils vertritt.] — Natürlich ist durch den Vortrag des Thatbestandes des angefochtenen Urteils das in dem Thatbestand erwähnte Parteivorbringen reproduziert [RG. 23. Juni 1881 Entsch. V Nr. 115 S. 104, 24. Juni 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 146; vgl. a. Entsch. IV S. 420.]

3. § 488 gilt auch im Versäumnisverfahren [RG. 25. Jan. 1881 Entsch. IV Nr. 102 S. 371]. Beim Ausbleiben des Berufungsklägers bedarf es allerdings keines Vortrags; wohl aber beim Ausbleiben des Berufungsbeklagten. Der Berufungskläger hat das Urteil rc. rc. vorzutragen.

§ 489.

Eine Änderung der Klage ist selbst mit Einwilligung des Gegners unstatthaft.

Mot. S. 305. KPr. S. 238, 559.

1. Wäre eine Änderung der Klage gestattet, so würde gegen das öffentliche Interesse der Ordnung des Verfahrens über einen Rechtsstreit verhandelt werden, welcher nicht in erster Instanz verhandelt ist. (Mot. S. 305.)

2. Der Begriff der Klagänderung ist derselbe wie in erster Instanz; vgl. daher Bem. Nr. 2 zu § 240. Die in § 240 Nr. 1—3 aufgeführten, nicht als Änderung der Klage anzusehenden Ergänzungen, Beschränkungen und Erweiterungen sind also auch in der Berufungsinstanz zulässig [RG. 28. Febr. 1881 Entsch. IV Nr. 69 S. 251]. Der Kläger kann nicht bloß, wenn in erster Instanz ganz oder teilweise entgegen seinem Antrage erkannt wurde, sondern auch, wenn in erster Instanz seinem Antrage gemäß erkannt ist, in der Berufungsinstanz seinen Klagantrag im Rahmen des § 240 erweitern. [So auch Struckm. Koch N. 2, A. Förster N. 3, v. Kries Rechtsmittel S. 51, vgl. a. Barazetti S. 121, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 130, XXV S. 159, Heidenfeld eod. XXV S. 587 und das oben cit. U. d. RG. AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 487 und N. 2 zu § 491, RG. 30. April 1884 Entsch. XIII Nr. 105 S. 390 (Erweiterung über den in erster Instanz verlangten Betrag sei unzulässig). Vgl. a. Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 144.] Der in Bem. Nr. 2 zum Titel des 3. Buchs 1. Abschn. (S. 359 f.) dargelegte Charakter des Rechtsmittels der Berufung als Recht auf ein novum iudicium erheischt die Fortdauer der Erweiterungsbefugnis in dem gleichen Umfang, wie sie in der ersten Instanz bestand. Weil die Berufung der CPrO. nicht bloß, wie die Appellation des früheren gem. Rechts, zur Kritik des erstinstanziellen Urteils führt, so sind alle aus dem früheren Prozeßrecht gegen die vorgetragene Ansicht hergeholten Argumente unzutreffend. Aus § 491 Abs. 2 ergiebt sich nicht bloß kein Argument gegen, sondern eines für die vorgetragene Ansicht, weil daselbst die Fälle des § 240 Nr. 2 und 3 ausgenommen sind. Die gegenteilige Ansicht führt zu einer starken Beeinträchtigung der Parteirechte. Z. B. A hatte wegen einer Körperverletzung auf Entschädigung geklagt; er hatte eine Entschädigung von x verlangt und zugesprochen erhalten; nach dem Urteil, aber vor dessen Rechtskraft stellt sich heraus, daß die Verletzung viel schlimmere Folgen in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit des Klägers hat, als er in erster Instanz selbst geglaubt und behauptet hatte. Sollte dem Kläger die Möglichkeit verschlossen sein, nunmehr höhere Entschädigung in der Berufungsinstanz zu verlangen? Sollte diese Möglichkeit an dem rein zufälligen Umstand scheitern, daß er in erster Instanz nicht eine Mark mehr, als ihm zuerkannt wurde, begehret hat? Gegen Mißbrauch bietet § 92 Abs. 2 Schutz.

3. Ob eine Klagänderung vorliege, ist von Amtswegen zu prüfen. Beruht der Berufungsantrag auf einer Klagänderung, so ist die Berufung als unbegründet — nicht als unzulässig — zu verwerfen [vgl. RG. 4. Juni 1886 SA. XLII Nr. 167]. Anwendung des § 242 auf die Berufungsinstanz s. Bem. Nr. 2 zu § 242.

4. Für Ehesachen ist § 489 durch § 574 modifiziert; s. Bem. Nr. 2 zu § 574.

§ 490.

Prozeßhindernde Einreden, auf welche die Partei wirksam verzichten kann, dürfen nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz vorzubringen.

Die Verhandlung zur Hauptsache darf auf Grund prozeßhindernder Einreden nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über solche Einreden auch von Amtswegen anordnen.

Mot. S. 305, 306. KPr. S. 238, 559.

1. a) Prozeßhindernde Einreden d. s. die in § 247 aufgeführten. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 247. Mit Ausnahme der Unzuständigkeits- und der Kautionseinrede (§ 247 Nr. 1 und 5) müssen diese sog. Einreden schon in erster Instanz begründet gewesen sein. Wegen der in der Berufungsinstanz neu entstandenen Unzuständigkeit s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 491; wegen der neu entstandenen Kautionseinrede s. Bem. Nr. 1 zu § 103. Die in erster Instanz nach § 247 eingetretene Präklusion der damals schon vorhandenen, präkludierbaren (vgl. Bem. Nr. 11 zu § 247) prozeßhindernden Einreden dauert gemäß § 490 für die zweite Instanz fort. Doch dürfen solche Einreden in der Berufungsinstanz unter denselben Voraussetzungen, wie nach § 247 Abs. 3 in erster Instanz, noch geltend gemacht werden. Vor der Verhandlung zur Hauptsache muß der Beklagte glaubhaft machen, daß er ohne sein Verschulden außer stande war, dieselben in erster Instanz vorzubringen; nach der Verhandlung zur Hauptsache außerdem noch, daß er ohne sein Verschulden außer stande gewesen sei, die Einrede vor der Verhandlung zur Hauptsache in zweiter Instanz geltend zu machen [v. Kries S. 185 f.]. Da die Einrede der Unzuständigkeit in erster Instanz aus dem Restitutionsgrunde des § 247 Abs. 3 nicht nachgeholt werden kann (s. Bem. Nr. 11 zu § 247), so ist auch deren Nachholung in zweiter Instanz unmöglich, insoweit nach § 39 vgl. m. § 40 Prorogation eintritt. [Abweichende Ansichten s. in Bem. Nr. 11 zu § 247 a. E.].

b) Nach der in Bem. Nr. 3 litt. a zu § 247 vertretenen Ansicht werden prozeßhindernde Einreden durch nicht gleichzeitiges Vorbringen nicht präkludiert, sondern erst mit dem Schlusse der Verhandlung. In der zweiten Instanz können sie aber doch nur unter der Voraussetzung des § 490 Abs. 1 vorgebracht werden. Nimmt man frühere Präklusion an (s. die Citate a. a. O.), so gelangt man für die Berufungsinstanz zu demselben Resultat [vgl. bay. OLG. SA. XXXIX Nr. 160].

c) Das Gebot, prozeßhindernde Einreden gleichzeitig vorzubringen (§ 247 Abs. 1), hat nach der in Bem. Nr. 3 litt. a zu § 247 vertretenen Ansicht für die zweite Instanz wegen § 490 Abs. 2 keine Bedeutung. Nimmt man aber an, daß die nicht gleichzeitig vorgebrachten prozeßhindernden Einreden präkludiert werden (s. die Citate a. a. O.), so muß solche Präklusion auch in zweiter Instanz eintreten, wenn hier nur eine prozeßhindernde Einrede auf einmal vorgebracht wurde.

d) Prozeßhindernde Einreden, auf welche die Partei nicht verzichten kann (s. Bem. Nr. 11 zu § 347), können auch in der Berufungsinstanz jederzeit geltend gemacht werden.

2. Zu Abs. 2: Bem. N. 1 litt. c zu § 465 findet hierher entsprechende Anwendung.

§ 491.

Die Parteien können Angriffs- und Verteidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.

Neue Ansprüche dürfen, abgesehen von den Fällen des § 240 Nr. 2, 3, nur erhoben werden, wenn mit denselben kompensiert werden soll und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz geltend zu machen.

Mot. S. 306. KPr. S. 238, 559. Prot. der 168. Sitz. S. 7, der 169. Sitz. S. 11.

1. Zu Abs. 1: a) Während nach dem früheren gem. Prozeßrecht neue Thatsachen und Beweismittel in der Berufungsinstanz nur aus Restitutionsgründen nachgebracht werden konnten [Wetzell § 56 bei N. 72 ff.], giebt das Gesetz in Übereinstimmung mit dem röm. Prozeßrecht und den neueren Gesetzgebungen dem Berufungskläger und dem Berufungsbeklagten, letzterem auch ohne Anschlußberufung, das Recht zu neuem thatsächlichem Vorbringen aller Art innerhalb der durch §§ 491 Abs. 2, 492, 494, 495 gezogenen Schranken sowie zum Vorbringen neuer Beweismittel. Über „Angriffs- und Verteidigungsmittel" s. Bem. Nr. 2 zu § 137. Über „Beweismittel" s. Bem. Nr. 5 zu § 255; sonder Zweifel muß die dort erwähnte gesetzliche Terminologie trotz der dagegen bestehenden theoretischen Bedenken zur Auslegung des § 491 festgehalten werden. Aus der Zulässigkeit neuer Beweismittel ergiebt sich insbesondere die Folge, daß eine Partei, welche in erster Instanz zum Beweise einer Thatsache sich nur der Eideszuschiebung bediente, solange der Eid nicht geleistet ist, in der zweiten Instanz andere Beweismittel vorbringen kann (KPr. S. 238); die Eideszuschiebung muß in diesem Falle ebenso wie in der ersten Instanz wiederholt werden (s. Bem. Nr. 3 zu § 418, Bem. Nr. 1 zu § 423 und Bem. Nr. 1 zu § 495). [Vgl. Hönemann Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 29 ff.]

b) Verteidigungsmittel, welche nach § 252, und Beweismittel, welche nach § 339 oder § 398 in erster Instanz zurückgewiesen sind, können in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden.

c) Nach § 92 Abs. 2 können die Kosten der Berufungsinstanz der obsiegenden Partei ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens (wozu auch neue Beweismittel zu zählen sind) obsiegt, welches sie in erster Instanz geltend zu machen im stande war. Vgl. a. GKG. § 49 (besondere Gebühr für Aufnahme neuer Beweise).

d) Die nach § 319 eingetretene Präklusion wirkt nicht für die zweite Instanz fort; s. Bem. Nr. 4 zu § 319.

2. Zu Abs. 2: Den Gegensatz zu neuem Vorbringen bilden neue Ansprüche (nouvelles demandes, c. de proc. art. 464). Diese letzteren schließt der § 491 Abs. 2 grundsätzlich aus, weil der Gegenstand der Berufung durch die erste Instanz fixiert ist und das Rechtsmittel sich gegen die in dieser Instanz erlassene Entscheidung richtet (Mot. S. 306). Wegen des Begriffs „Anspruch" s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136. — Aus § 491 Abs. 2 folgt, daß Widerklage in zweiter Instanz nicht erhoben werden kann (Mot. S. 306) [Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 127], ferner daß ein Inzidentfeststellungsantrag nach § 253 weder von dem Kläger noch von dem Beklagten in zweiter Instanz neu erhoben werden kann. Präjudizielle Streitpunkte, deren Feststellung in der ersten Instanz nicht beantragt war, können daher von der zweiten Instanz niemals mit der Wirkung der res iudicata entschieden werden. [So auch Wilm. Levy N. 3, OLG. Braunschweig SA. XLI Nr. 237. AM. Eccius in Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 159.] — Neue Ansprüche sind die in erster Instanz nicht

vorgebrachten. Ansprüche, die in erster Instanz vorgebracht waren, jedoch aus irgend welchem Grunde zurückgezogen wurden, sind neue Ansprüche im Sinne des § 491 [so auch bay. o. LG. SA. XL Nr. 73].

3. Zu Abs. 2: Die Regel (Bem. Nr. 2) erleidet Ausnahmen:

a) Die unter § 240 Nr. 2 und 3 fallenden Erweiterungen und Änderungen, ebenso die in Anfecht.Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 dem Konkursverwalter gestatteten Erweiterungen und Änderungen sind auch in zweiter Instanz zulässig (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 489). Durch eine solche Erweiterung kann sich in dem Falle, daß die erstinstanzielle Verhandlung vor dem Amtsgericht stattfand, ergeben, daß der ersten Instanz, wenn in derselben die Erweiterung stattgefunden hätte, die sachliche Zuständigkeit für den erweiterten Anspruch mangeln würde. Es entsteht, wie in dem Falle der Erweiterung in erster Instanz (§ 467), eine neue, nicht präkludierte, auf die erste Instanz bezügliche Unzuständigkeitseinrede. [Vgl. Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 130, XXV S. 159, Heidenfeld eod. XXV S. 587.] Die hypothetische, d. i. auf der Unterstellung, wenn die Erweiterung in erster Instanz stattgefunden hätte, ruhende Unzuständigkeit der ersten Instanz kann noch in zweiter Instanz gerügt werden; denn das Landgericht ist als Berufungsgericht nur zuständig, wenn das Amtsgericht in erster Instanz zuständig wäre. Macht der Beklagte vor der Einlassung auf den erweiterten Antrag die Unzuständigkeit geltend, so muß das Berufungsgericht unter Aufhebung des erstinstanz. Urteils auf absolutio ab instantia erkennen. Hat eine der Parteien rechtzeitig einen Antrag auf Verweisung an das Landgericht gestellt, so hat das Berufungsgericht bei der abs. ab inst. den Rechtsstreit an das Landgericht als erste Instanz zu verweisen (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 467. [So auch Eccius a. a. O. und Struckm. Koch (5. Aufl.) N. 2 zu § 489. Gegen Verweisung: Heidenfeld a. a. O. und A. Förster N. 3a zu § 491.] Läßt der Beklagte sich vor dem Berufungsgericht auf die Verhandlung über den erweiterten Antrag ein, so tritt Prorogation (§ 39) ein, durch welche die hypothetische Zuständigkeit der ersten Instanz und folglich auch die des Landgerichts als Berufungsgericht hergestellt wird; das Landgericht urteilt als Berufungsgericht.

b) Zum Zwecke der Kompensation dürfen neue Ansprüche geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz geltend zu machen. War in erster Instanz eine Gegenforderung gegenüber einer von mehreren eingeklagten Forderungen compensando geltend gemacht, so kann sie ohne die in Abs. 2 geforderte Glaubhaftmachung in der Berufungsinstanz auch gegenüber den anderen Forderungen geltend gemacht werden [RG. 1. Mai 1885 Entsch. XIII Nr. 99 S. 375]. Auch wenn eine Forderung in erster Instanz bereits zur Kompensation verwendet werden wollte, aber nicht verwendet werden konnte, weil die Verteidigung als verspätet zurückgewiesen wurde, kann sie in zweiter Instanz ohne die in Abs. 2 geforderte Glaubhaftmachung vorgebracht werden [vgl. Schollmeyer Komp.-Einr. S. 77 N. 1]. — Die nicht konnexe Gegenforderung kann in zweiter Instanz ebenso wie in erster zum getrennten Prozesse verwiesen werden (§ 136 Abs. 2). Diese Verweisung hat dieselbe Wirkung wie in erster Instanz (vgl. Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136); die Gegenforderung bleibt also nicht in zweiter Instanz anhängig. — Die Retentionseinrede kann in der Berufungsinstanz neu vorgebracht werden. [So auch Struckm. Koch N. 6, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 512, Petersen S. 715, A. Förster N. 2, Wach Vortr. S. 192, Barazetti S. 124, RG. 28. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 105 S. 364, 5. Dez. 1882 SA. XXXVIII Nr. 281, 17. Jan. 1883 Entsch. XV Nr. 118 S. 421. AM. Hellmann Komm. II S. 408, Puchelt II S. 333.]

4. Die Vorschrift des § 491 Abs. 2 ist von Amtswegen zu beachten. Neue Ansprüche können auch nicht mit Zustimmung des Gegners zur Verhandlung gebracht werden. [Wach

Vortr. S. 193 behauptet eine Ausnahme bezüglich der Kompensationseinrede. Dagegen v. Kries S. 171 ff. Gewiß kann der Kläger eine neue Kompensationsforderung anerkennen und demgemäß seinen Anspruch reduzieren, ohne daß die Voraussetzungen des § 491 Abs. 2 vorliegen; aber eine Entscheidung über die Kompensationsforderung ist ohne diese Voraussetzungen auch nicht mit seiner Einwilligung möglich.] Werden dem § 491 Abs. 2 zuwider neue Ansprüche erhoben, so hat sich das Berufungsgericht einer sachlichen Entscheidung darüber zu enthalten.

§ 492.

Die Verletzung einer das Verfahren erster Instanz betreffenden Vorschrift kann in der Berufungsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des § 267 die Partei das Rügerecht bereits in erster Instanz verloren hat.

Mot. S. 306. KPr. S. 238, 559.

Vgl. die Bemerkungen zu § 267. — Gemäß § 485 gilt § 267 auch innerhalb der Berufungsinstanz.

§ 493.

Die in erster Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen können in der Berufungsinstanz nachgeholt werden.

Mot. S. 306, 307. KPr. S. 238, 559.

Die in erster Instanz durch den Schluß der Verhandlung eingetretene Präklusion der Befugnis zur Bestreitung der thatsächlichen Behauptungen des Gegners (§§ 129, 296), insbesondere auch der in der Urkundenproduktion gelegenen Echtheitsbehauptung (§ 404), ferner der Befugnis zur Eideserklärung (§ 417) wirkt nicht fort in der Berufungsinstanz. Daher können in erster Instanz nicht bestrittene (im Gegensatz zu zugestandenen) Thatsachen einschließlich der Echtheit einer Urkunde in zweiter Instanz bestritten werden, ohne daß die Voraussetzungen des § 263 vorliegen. Es kann ein zugeschobener Eid, der in erster Instanz wegen unterbliebener Eideserklärung als verweigert galt, angenommen und zurückgeschoben werden. — In wie weit die in erster Instanz eingetretene Versäumnis der bezeichneten Erklärungen auf die freie Beweiswürdigung der betreffenden Thatsachen einwirkt, unterliegt, soweit nicht positive Beweisregeln dazwischen treten, dem richterlichen Ermessen (Mot. S. 307, nordd. Entw. § 790).

§ 494.

Das in erster Instanz abgelegte gerichtliche Geständnis behält seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

Mot. S. 307. KPr. S. 238, 239, 559.

1. Über „gerichtliches Geständnis" s. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 261. § 494 bezieht sich nicht auf die sog. fingierten Geständnisse der §§ 129, 404 Abs. 2. — Natürlich kann sich die Partei darüber beschweren, daß das Gericht erster Instanz im Falle des § 262 Abs. 2 ein Geständnis mit Unrecht angenommen habe (Mot. S. 307).

2. Das in der ersten Instanz abgelegte gerichtliche Geständnis hat in der Berufungsinstanz nicht stärkere Wirkung als in der ersten Instanz, kann daher auch in der Berufungsinstanz unter den Voraussetzungen des 263 widerrufen werden (KPr. S. 238, 239). [Vgl. RG. 26. Jan. 1883 Entsch. XI Nr. 108.] Auch darf die Partei zur Führung der

ihr nach § 263 beim Widerrufe des Geständnisses obliegenden Beweise der Unwahrheit und des Irrthums neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen (Mot. S. 307). Der Widerruf ist nicht davon abhängig, daß der Grund zum Widerruf der Partei erst in der Berufungsinstanz bekannt wurde [RG. a. a. O.].

§ 495.

Die in erster Instanz erfolgte Annahme oder Zurückschiebung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

Dasselbe gilt von der Leistung, von der Verweigerung der Leistung und von der Erlassung eines Eides, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgerichte für gerechtfertigt erachtet wird.

Mot. S. 307. KPr. S. 238, 239, 559, 733.

1. Zu Abs. 1: a) Der Entwurf lautete: „Die in erster Instanz erfolgte Zuschiebung, Annahme ꝛc." Das Wort „Zuschiebung" wurde in der JK. d. R. beseitigt. Dies geschah in Konsequenz der zu den §§ 400, 404—415 des Entw. (§§ 417—433 des Gesetzes) gefaßten Beschlüsse; vgl. hierzu Bem. Nr. 2 zu § 418, Bem. Nr. 1 zu § 419, Bem. Nr. 1 zu den §§ 422, 423. Wie die in der ersten Instanz erfolgte Zuschiebung eines Eides nicht von einer Verhandlung für die folgende fortwirkt, sondern wiederholt werden muß, so muß auch in der Verhandlung zweiter Instanz die Eideszuschiebung wiederholt werden, wenn nicht Annahme oder Zurückschiebung dazu kam. — Wegen der Möglichkeit in der zweiten Instanz bezüglich einer Thatsache, über welche in erster Instanz nur der Eid zugeschoben ist, in zweiter Instanz andere Beweismittel geltend zu machen, vgl. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 491.

b) Die in der ersten Instanz abgegebene Eideserklärung — Annahme oder Zurückschiebung (§ 417) — braucht in der Berufungsinstanz nicht wiederholt zu werden, sie behält auch für diese ihre Wirksamkeit. Sie behält ihre Wirksamkeit, d. h. die Wirksamkeit, welche ihr in erster Instanz zukam. Daher kann die Annahme oder Zurückschiebung eines Eides auch in der Berufungsinstanz unter den Voraussetzungen der §§ 419 Abs. 2, 422, 432, widerrufen werden. — Die Partei, welche in der ersten Instanz einen Eid vorbehaltlos angenommen oder zurückgeschoben hat, kann noch in der Berufungsinstanz andere Beweismittel geltend machen. Soweit solche Beweismittel aufgenommen sind, muß nach deren Erhebung neue Eideszuschiebung und Eideserklärung erfolgen; bei letzterer kann der Delat gegenüber seiner Erklärung in erster Instanz variieren (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 419). — Die Schranke, welche ein erstinstanzielles bedingtes (Zwischen- oder End-) Urteil der Widerruflichkeit der Annahme oder Zurückschiebung eines Eides setzt (s. Bem. Nr. 2 litt. b und d zu § 418), ist für die Berufungsinstanz nicht vorhanden. — Lautete die in erster Instanz abgegebene Eideserklärung auf Zurückschiebung des Eides und war diese Zurückschiebung nach §§ 413 oder 414 nicht zulässig, so ist nicht § 495, sondern § 493 anwendbar. Es ist gerade so, wie wenn keine Erklärung abgegeben wurde (s. Bem. Nr. 5 zu § 417) [vgl. RG. 18. Febr. 1887 Entsch. XVII Nr. 106 S. 422 ff.].

2. Zu Abs. 2: a) Die Leistung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz. Über die Wirkung der Eidesleistung s. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 428.

b) Die Verweigerung der Leistung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz. Über die Wirkung der Eidesverweigerung s. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 429. — Die Verweigerung der Eideserklärung kann in der Berufungsinstanz nachgeholt werden (§ 493). Die Wirkung eines durch Versäumniszwischenurteil nach § 430 fest-

gestellten Eidesverweigerung dauert auch für die Berufungsinstanz fort, bis das Versäumniszwischenurteil durch Einspruch beseitigt oder durch zulässige Berufung mit Erfolg angefochten ist. Nach der Erörterung in Bem. Nr. 3 zu § 474 hat das mit Einspruch nicht angefochtene Versäumniszwischenurteil, welches durch Einspruch anfechtbar war, für die höhere Instanz bindende Kraft. Es kann also in der Berufungsinstanz die Leistung eines Eides, dessen Verweigerung durch Zwischenurteil festgestellt ist, nicht nachgeholt werden, es wäre denn, daß gegen das Vers.-Zwischenurteil Einspruch nicht statthaft ist (§ 310) und daß mittels Berufung gegen das, die Folge der Eidesverweigerung ziehende Endurteil das vorangegangene (zweite) Vers.-Zwischenurteil mit Erfolg aus dem Grunde angefochten wird, daß bei Erlassung dieses (zweiten) Vers.-Zwischenurteils der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

c) Die Erlassung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz. Über die Wirkung der Erlassung s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 429.

d) Die Fortdauer der Wirksamkeit einer in erster Instanz erfolgten Eidesleistung, -verweigerung, -erlassung ist dadurch bedingt, daß die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgericht für gerechtfertigt erachtet wird. Die hierüber dem Berufungsgericht zustehende Kognition beschränkt sich übrigens auf die Fälle, in denen die Eidesleistung durch Beweisbeschluß angeordnet war; denn war durch bedingtes Urteil (§§ 425, 426 Abs. 2) auf Eid erkannt, so ist dieses Urteil selbständiger Berufung zugänglich, und Eidesleistung wie -verweigerung können erst nach dessen Rechtskraft in Frage kommen (§ 425 Abs. 2). Wird die sententia purificatoria mit Berufung angefochten, so ist daher die Frage, ob das bedingte Urteil gerechtfertigt war, schon rechtskräftig entschieden; das Berufungsgericht ist an diese Entscheidung gebunden und hat nur zu prüfen, ob Eidesleistung, -verweigerung, -erlassung vorliegt und ob die purificatoria die im bedingten Urteil für die verschiedenen Eventualitäten gesetzten Folgen richtig verwirklicht hat. — War die Eidesleistung durch Beweisbeschluß angeordnet, so unterliegt der Beweisbeschluß nach allen Richtungen der Beurteilung des Berufungsgerichts (§ 473). Der Beweisbeschluß kann nach Ansicht des Berufungsgerichts ungerechtfertigt sein, weil derselbe gegen die Regeln über die Beweislast, gegen die Regeln über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung oder -zurückschiebung (§§ 410—415), gegen die Regeln über das Verhältnis des Eidesbeweises zu den anderen Beweismitteln (§§ 418, 419), über den Widerruf der Eideserklärung (§§ 422, 423), über die Eidesnorm (§ 424) oder über die Zulässigkeit der Eidesauflage durch Beschluß (§§ 425, 426; vgl. jedoch wegen Präklusion des Rügerechts Bem. Nr. 2 zu § 425) verstößt. In allen diesen Fällen dauern die gesetzlichen Wirkungen der Eidesleistung, -verweigerung, -erlassung für die Berufungsinstanz nicht fort; es zessieren also die in den §§ 428 und 429 enthaltenen gesetzlichen Beweisregeln und es können in der Berufungsinstanz neue Beweismittel bezüglich der unter Eid gestellten Thatsachen von beiden Parteien ohne Beschränkung geltend gemacht werden. [Vgl. hierzu hannov. Prot. X S. 3664 ff., nordd. Prot. IV S. 1641, Mot. S. 307; RG. 24. April 1883 Entsch. IX Nr. 99 S. 345.] Jedoch ist nicht ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht bei der in der Berufungsinstanz eintretenden freien Beweiswürdigung die Thatsache, daß in erster Instanz auf Grund eines nicht gerechtfertigten Beweisbeschlusses ein Eid geleistet, verweigert oder erlassen ist, nach freiem Ermessen als Beweisgrund verwerte. [Nach RG. 24. April 1883 Entsch. IX Nr. 99 S. 326 muß nicht auf wiederholte Eidesleistung erkannt werden, wenn der Beweisbeschluß zwar ungerechtfertigt war, aber das Beweisverfahren in zweiter Instanz ergiebt, daß derselbe Eid durch Urteil aufzuerlegen wäre.] Ist das Berufungsgericht der Ansicht, daß zwar der Beweisbeschluß nicht gegen die Regeln über die Beweislast und auch nicht gegen die Regeln der CPrO. verstößt, daß jedoch die durch den Beweisbeschluß unter Eid gestellte Thatsache für die Entscheidung irrelevant sei,

dann treten zwar nicht die Wirkungen der Eidesleistung, -verweigerung, -erlassung außer Kraft, aber das Berufungsgericht kann die durch den Beschluß unter Eid gestellte Thatsache als irrelevant bei Seite lassen.

e) Ist in erster Instanz auf eine zulässige Eideszuschiebung die positive Erklärung abgegeben worden, daß die Leistung des zugeschobenen Eides verweigert werde, so tritt die Wirkung des § 429 Abs. 2 ein (s. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 429). Diese Wirkung dauert für die Berufungsinstanz fort, vorausgesetzt daß auch das Berufungsgericht die Zuschiebung für zulässig erachtet.

§ 496.

Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil erster Instanz ist, insoweit dasselbe durch die Berufungsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Berufungsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nicht statt.

Mot. S. 307, 308. KPr. S. 239, 559.

1. Die Zulässigkeit von Rechtsmitteln hindert nach § 645 die Zwangsvollstreckung, soweit nicht ein Urteil für vorläufig vollstreckbar (§ 648 ff.) erklärt ist. Da das Rechtsmittel stets das ganze Urteil erfaßt, auch beide Parteien in der Berufsverhandlung andere Anträge als die in den Schriftsätzen angekündigten stellen können, so ergiebt sich frühestens in der ersten mündlichen Verhandlung, ob ein Teil des Urteils unangefochten bleibt. Auch dieses Ergebnis ist nur ein provisorisches; denn beide Parteien können bis zum Schluß der letzten Verhandlung in der Berufungsinstanz ihre Anträge erweitern. Aber das provisorische Ergebnis genügt, um den nicht angefochtenen Teil des Urteils auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Werden später die Anträge erweitert, so ist noch § 657 anwendbar. Die Motive bemerken:

„Das fernere Recht der Parteien, die Anträge im Verlaufe der Sache noch zu erweitern, sowie das Recht des Berufungsbeklagten, sich erst später der Berufung durch Anträge auf Abänderung des Urteils anzuschließen, entziehen jener feststellenden Entscheidung des Gerichts den Charakter eines Fixierungsbeschlusses der Berufungsbeschwerden; es kann daher der nicht angegriffene Teil des Urteils nicht für rechtskräftig, sondern nur für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (norbd. Entw. § 796, Prot. III S. 1527). Die Vollstreckbarkeitserklärung reicht aber aus, denn es liegt in derselben ein genügender Antrieb für die Parteien, die zu stellenden Anträge sofort anzubringen."

§ 496 hat keine Bedeutung für Urteile, die schon in erster Instanz unbedingt, d. h. ohne die Bedingung einer Sicherheitsleistung, für vorläufig vollstreckbar erklärt sind.

2. Die vorläufige Vollstreckbarkeit wird nur auf Antrag ausgesprochen. Der Antrag ist im Laufe der mündlichen Verhandlung zu stellen. Der Gegner ist darüber zu hören. Die Entscheidung ist Beschluß (norbd. Prot. S. 1527). Dieselbe ist „im Laufe der Verhandlung", nicht erst am Schlusse zu verkünden. Beschwerde ist weder gegen die dem Antrag stattgebende noch gegen die abweisende Entscheidung möglich; denn sie ist eine Entscheidung nach obligatorischer mündlicher Verhandlung.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 11 (Gebührenfreiheit) und GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 497.

Das Berufungsgericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei.

Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

Mot. S. 308. KPr. S. 239, 559.

1. Litteratur: Mugdan Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 790 ff., Haas eod. XXX S. 834 ff.

2. Vgl. § 306. Die Offizialprüfung erstreckt sich auf die sog. Formalien des Rechtsmittels — die Statthaftigkeit (§§ 472, 474, 94), die gesetzliche Form (§ 479), die Einhaltung der Notfrist (§ 477). Auch die Beachtung des Schlußsatzes von § 477 Abs. 2: „die Einlegung vor Zustellung des Urteils ist wirkungslos" gehört hierher. Nicht zu den Formalien des Rechtsmittels gehört die Mitteilung der Anträge (§§ 480, 484) und die Einhaltung der Einlassungsfrist (§ 481). Wegen Mangels der Mitteilung der Anträge oder Nichtbeachtung der Einlassungsfrist ist das Versäumnisurteil zu versagen (§ 300 Nr. 2) oder Vertagung zu bewilligen, aber nicht die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Bei Prüfung der gesetzlichen Form ist die Ordnungsmäßigkeit der Ladung (s. die in Bemerkung Nr. 4 zu § 479 cit. UU. d. RG.) und der Zustellung zu untersuchen. Die bei der Zustellung vorgekommenen Verstöße gegen das Prozeßgesetz können durch Unterlassung der Rüge seitens des erschienenen Gegners geheilt werden; vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 156. — Die Statthaftigkeit der Anschließung ist ebenfalls von Amtswegen zu prüfen.

Die Parteien haben dem Gerichte die Urkunden über Zustellung des Urteils und der Berufung vorzulegen, um die Prüfung der berührten Punkte zu ermöglichen (KPr. S. 238). — Wegen Geständnisses der auf die Formalien bezüglichen Thatsachen s. Bem. Nr. 8 litt c zu § 261.

3. Die Prüfung der Formalien erfolgt erst nach mündlicher Verhandlung. Der Berufungsbeklagte hat nicht die Befugnis, sich auf die Beanstandung der Formalien zu beschränken und die Einlassung auf die Berufungsanträge zu verweigern, bis über die Formalien entschieden ist. Verweigert er die Einlassung, so läuft er Gefahr, daß das Gericht die Formalien für geordnet erachtet und auf Antrag gegen ihn die Folgen des Nichtverhandelns, d. i. Versäumnisurteil, verhängt (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 298). Das Gericht kann aber die Beschränkung der Verhandlung auf die Formalien nach § 137 beschließen.

4. a) Die Prüfung der Formalien kann ergeben, daß ein Mangel besteht. Dann ist durch ein der abs. ab. inst. entsprechendes Endurteil die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Diese Art der Verwerfung muß als Verwerfung aus formalen Gründen erkennbar gemacht werden durch einen entsprechenden Zusatz wie „unzulässig", „verspätet", „wirkungslos". [Vgl. das in Bem. Nr. 2 litt. a zu § 477 cit. U. d. RG. Entsch. IV S. 415, welches in der Unterscheidung zwischen den verschiedenen Ausdrücken zu weit geht. Es genügt, wenn der Gegensatz zur Verwerfung des Rechtsmittels als „unbegründet" irgendwie ausgedrückt ist. So auch Mugdan a. a. O. AM. Haas a. a. O.] Ein solches Urteil unterliegt der Revision ohne das Erfordernis der Revisionssumme (§ 509 Nr. 1). Nach Verwerfung einer Berufung wegen eines Mangels der Formalien kann neue Berufung eingelegt werden, wenn die Frist noch nicht abgelaufen ist. Dies ist insbesondere für den Fall von Bedeutung, daß die Berufung, weil vor Zustellung des Urteils eingelegt, verworfen worden ist [vgl. Gaupp II S. 520, Barazetti S. 148].

b) Die Prüfung der Formalien kann ergeben, daß kein Mangel besteht. Regelmäßig ist das erst in den Entscheidungsgründen des Endurteils festzustellen. Aber möglich ist auch Feststellung durch Zwischenurteil (s. Bem. Nr. 3 zu § 275).

c) Ein wegen Mangels der formellen Erfordernisse die Berufung verwerfendes Urteil ist keiner Partei gegenüber Versäumnisurteil, auch wenn es in Abwesenheit einer Partei er-

geht. Es ergiebt sich das aus den in Bem. Nr. 2 zu § 295 und Nr. 2 zu § 296 für die abs. ab inst. entwickelten Sätzen.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2, 28, GO. f. RA. §§ 20, 29.

§ 498.

Das Urteil erster Instanz darf nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist.

Mot. S. 308 ff. KPr S. 239, 241 ff., 559.

1. Die von beiden Parteien in der mündlichen Verhandlung gestellten Berufungsanträge bilden die Grenze für den Devolutiveffekt (Mot. S. 308). So wenig zu Gunsten des Berufungsklägers ein Teil des Urteils abgeändert werden kann, dessen Änderung nicht beantragt ist, so wenig darf zu Gunsten des Berufungsbeklagten der angefochtene oder auch ein anderer Teil des Urteils geändert werden, ohne daß der Berufungsbeklagte adhäriert hat. Reformatio in peius ohne Anschließung ist ausnahmslos unstatthaft. Insbesondere kann das Berufungsgericht ohne Adhäsion nicht zu Gunsten des Berufungsbeklagten eine Eidesauflage beseitigen, die es für überflüssig oder ungesetzlich hält [vgl. bayr. o. LG. SA. XL Nr. 160. AM. RG. 23. März 1886 Entsch. XV Nr. 48 S. 212], was allerdings eine unzweckmäßige Fessel ist. Aber die Anträge, welche für diesen Fall Abänderung ohne Adhäsion gestatten wollten, sind in der JK. d. RT. abgelehnt worden (KPr. S. 241 ff.). Was Änderung zu Ungunsten des Appellanten ist, ist nach dessen Anträgen zu beurteilen. Die Ersetzung eines den Beklagten auferlegten zugeschobenen Eides durch einen dem Kläger auferlegten richterlichen Eid über das Gegenteil ist Abänderung zu Gunsten des Klägers. Als Folge der Verweigerung dieses richterlichen Eides ist vom Berufungsgericht nicht die Verwerfung der Berufung (das wäre Zurückgreifen auf den Haupteid des Beklagten), sondern die Abweisung der Klage zu setzen. Darin liegt keine ref. in peius. Der appellierende Kläger, der in die günstigere Lage versetzt wird, durch seinen Eid die Entscheidung zu seinen Gunsten herbeizuführen, muß den eventuellen Nachteil, daß ohne Eidesleistung des Beklagten zu dessen Gunsten erkannt wird, als von jenem Vorteil untrennbar auf sich nehmen [RG. 30. April 1881 Entsch. IV Nr. 120 S. 421 f., Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 804].

2. Nur die Anträge bezüglich der dispositiven Entscheidung (des Urteilssatzes, Tenors) der ersten Instanz begrenzen die Kognition des Berufungsgerichts. Innerhalb dieser Grenzen besteht keine Beschränkung auf die von den Parteien vorgebrachten Beschwerden. [Vgl. das in Bem. Nr. 2 zu § 487 cit. U. d. RG.] Das Berufungsgericht hat daher die Beschlüsse und Zwischenurteile, welche nach § 473 seiner Beurteilung unterliegen, selbst ohne ausdrücklichen Antrag zu prüfen. Dabei ist jedoch wieder § 267 zu beachten.

§ 499.

Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts sind alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist. Das Berufungsgericht hat ein von ihm erlassenes bedingtes Urteil zu erledigen. Dasselbe kann ein in erster Instanz erlassenes bedingtes Urteil erledigen, wenn die Berufung zurückgewiesen ist.

Mot. S. 308—310. KPr. S. 239, 241—243, 559.

1. Litteratur: Barkhausen Beitr. z. E. DR. XXVI S. 803 ff., XXVIII S. 720 ff., Jastrow eod. XXVII S. 780 ff., L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 40 ff.

2. Vgl. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 487, Bem. Nr. 2 zu § 498. — Über den Begriff „Anspruch" s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136. Den Gegensatz zu Anspruch bilden hier die „Streitpunkte", d. i. nur eine andere Bezeichnung für das, was sonst „Angriffs- und Verteidigungsmittel" heißt, nämlich alles thatsächliche Vorbringen (einschließlich der Beweismittelbezeichnungen sowie der Erklärungen auf Thatsachen und Beweismittel), welches zur Stütze bzw. Bekämpfung der Anträge der Parteien dienen soll (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 137). — Aus § 498 folgt insbesondere, daß neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht an die erste Instanz zurückverwiesen werden, sondern vorbehaltlich der §§ 500, 501 in zweiter Instanz zu erledigen sind.

3. Hat das angefochtene Urteil erster Instanz nicht über den ganzen erhobenen Anspruch oder nicht über alle erhobenen Ansprüche entschieden, so kann sich das Berufungsgericht nicht mit dem Teile des Streitgegenstandes befassen, über welchen das angefochtene Urteil gar nicht entschieden hat. Daher muß in dem Falle, daß das erstinstanzielle Urteil, ohne als Teilurteil aufzutreten, einen Teil des Streitgegenstandes unerledigt läßt, die Ergänzung in erster Instanz beantragt werden (s. Bem. Nr. 4 zu § 292). Ist in der Klage neben dem primären Anspruch ein anderer, selbständiger Anspruch eventuell geltend gemacht worden und hat das Gericht nur über den ersteren erkannt, so darf das Berufungsgericht bei Aberkennung dieses Anspruchs nicht über den eventuell vorgebrachten urteilen. Es bleibt dem Kläger überlassen, denselben zunächst in erster Instanz zu verfolgen [vgl. RG. 29. April 1887 Entsch. XVIII Nr. 85 S. 385 ff.].

4. Die in der Berufungsinstanz angeordnete Beweisaufnahme ist in der Berufungsinstanz zu erledigen; daher muß auch eine vom Berufungsgericht angeordnete Eidesleistung von diesem Gericht erledigt werden. Natürlich ist die Übertragung der Beweisaufnahme an einen beauftr. oder ers. Richter unter den allgemeinen Voraussetzungen zulässig. Die Erledigung des Eidesurteils besteht in der Abnahme des Eides oder Konstatierung der Eidesweigerung und in Erlassung des Purifikationsurteils (§ 427 Abs. 2). — Bei Erlassung eines bedingten Endurteils hat das Berufungsgericht das angefochtene unbedingte Urteil erster Instanz aufzuheben, nicht die Entscheidung über die Berufung selbst von der Eidesleistung abhängig zu machen [RG. 14. März 1883 Entsch. XII Nr. 96 S. 358. AM. Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 803 ff., XXVIII S. 720 ff.].

5. Ist das angefochtene Urteil ein bedingtes und wird die Berufung als materiell unbegründet zurückgewiesen, so kann das Berufungsgericht das bedingte Urteil durch Abnahme des Eides (eventuell Feststellung der Eidesweigerung) und Erlassung des Purifikationsurteils in den Berufungsinstanz erledigen, wie im Falle der Bem. Nr. 4. Macht das Gericht von dieser Befugnis Gebrauch, so wird den Parteien das Zurückgehen in die erste Instanz und unter Umständen die nochmalige Bestellung eines Anwalts für diese Instanz erspart. Die Eidesabnahme kann auch in der zweiten Instanz erst erfolgen, wenn das bestätigende Urteil der zweiten Instanz rechtskräftig geworden ist (§ 425 Abs. 2). Das Purifikationsurteil der zweiten Instanz ist nicht mehr appellabel, sondern nur revisibel. — Das Berufungsgericht kann aber auch die Sache in die erste Instanz zurückgehen lassen, wozu es keiner ausdrücklichen Zurückverweisung bedarf [vgl. OLG. Kiel SA. XLI Nr. 71]. Die Motive bemerken:

„Andererseits kann es nach § 427 Abs. 2, 431, vorkommen, daß im Läuterungsverfahren sich Schwierigkeiten erheben, wobei der Sinn und die Bedeutung des Eides, die rechtlichen Folgen der Leistung oder Nichtleistung, insbesondere die vorbehaltene Entscheidung

der Sache oder des Kostenpunkts in Frage kommen können. In solchen Fällen bleibt die Mitwirkung des Gerichts erster Instanz angemessen."

Der Schlußsatz des § 499 ist nicht anwendbar, wenn das Rechtsmittel als unzulässig verworfen wird; in diesem Fall muß die erste Instanz das bedingte Urteil erledigen. Dies folgt daraus, daß eine unzulässige Berufung keinen Devolutiveffekt hat. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 4, v. Kräwel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 368, L. Seuffert a. a. O. S. 41. Unrichtig Puchelt II S. 386, Jastrow a. a. O. S. 781.]

§ 500.

Das Berufungsgericht hat die Sache, insofern eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen:

1) wenn durch das angefochtene Urteil ein Einspruch als unzulässig verworfen ist;
2) wenn durch das angefochtene Urteil nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist;
3) wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urteil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden ist;
4) wenn das angefochtene Urteil im Urkunden- oder Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte erlassen ist;
5) wenn das angefochtene Urteil ein Versäumnisurteil ist.

Im Falle der Nr. 2 hat das Berufungsgericht die sämtlichen prozeßhindernden Einreden zu erledigen.

Mot. S. 310, 311. KPr. S. 243, 559.

1. Litteratur zu §§ 500 und 501: L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 2 ff.

2. a) Die formell ordnungsmäßige Berufung schiebt die Durchführung des Prozesses bis zu seinem Ende dem Berufungsgericht zu (Devolutiveffekt). Ausnahmen enthalten die §§ 500 und 501. § 500 gebietet unter gewissen Voraussetzungen die Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz; § 501 gestattet unter anderen Voraussetzungen die Zurückverweisung. Unzulässig ist Zurückverweisung in anderen als den in §§ 500 und 501 bezeichneten Fällen. Sowohl § 500 wie § 501 bezieht sich nur auf formell zulässige Berufungen. Ist die Berufung formell unzulässig, so kehrt der Rechtsstreit, wenn er nicht erledigt ist, ohne besondere Anordnung zur ersten Instanz zurück.(?)

b) Die Zurückverweisung erfolgt auch in den Fällen des § 500 nur „insofern weitere Verhandlung der Sache erforderlich ist"; sie unterbleibt, wenn das Berufungsgericht unter Beschränkung auf den in erster Instanz abgeurteilten Prozeßstoff, wobei die sog. prozeßhindernden Einreden als Einheit behandelt werden (Mot. S. 310), zwar zur Änderung des erstinstanziellen Urteils, zugleich aber zur Beendigung des Prozesses gelangt. Die Zurückverweisung ist dagegen nötig, wenn zwar ohne weitere Verhandlung, aber nicht ohne Beschränkung auf den in erster Instanz abgeurteilten Prozeßstoff das Endurteil möglich wäre. Daher muß z. B. das Berufungsgericht, wenn es einen vom Untergericht als unzulässig verworfenen Einspruch als zulässig erachtet oder wenn es eine wegen Unzuständigkeit ausgesprochene absolutio ab instantia aufhebt, selbst dann zurückverweisen, wenn es die Klage für materiell unhaltbar hält [vgl. Wach Vortr. S. 199, RG. 14. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 109 S. 377].

c) Das die Zurückverweisung aussprechende Urteil des Berufungsgerichts ist nicht End-

urteil im Sinne des § 507 sondern Zwischenurteil. Dasselbe ist daher selbständiger Revision nur zugänglich, wenn es prozeßhindernde Einreden verwirft (§ 248 Abs. 2), über einen nach Grund und Betrag streitigen Anspruch nur dem Grunde nach entscheidet (§ 276 Abs. 2) oder im Urkunden- und Wechselprozeß unter Vorbehalt der Rechte ergeht (§ 562 Abs. 3). In allen anderen Fällen kann das zurückverweisende Urteil des Berufungsgerichts nur mittels Revision gegen ein späteres, nach neuerlicher Berufung ergangenes Endurteil des Oberlandesgerichts zur Kognition des Revisionsgerichts gebracht werden. [So auch Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 525 und 529, Petersen S. 724 und 727, Hellmann Komm. II S. 418 Ziff. 2 und S. 423, Kleiner II S. 551 und 553, Barazetti S. 170, RG. 7. Juli 1884 Entsch. XII Nr. 106 S. 374; vgl. a. Wach Vortr. S. 200, Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. VI S. 230. AM. Struckm. Koch N. 1 (erst in 5. Aufl. abgeschwenkt!), A. Förster N. 8, Hellmann Lehrb. S. 714 ff., Brettner Mag. f. DR. V S. 300 ff., Troll Vers.Urt. S. 231 ff., Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 74 N.* im Anschluß an RG. 8. Juli 1881 Entsch. V Nr. 102 S. 376, 9. Dez. 1881 VI Nr. 94 S. 335 (dieses Urteil ist richtig, denn das Urteil, durch welches die sog. Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verworfen wird, ist nach § 248 Abs. 2 in betr. d. Rechtsm. als Endurteil anzusehen; aber die Gründe lassen ersehen, daß das RG. jedes zurückverweisende Urteil für revisibel erachtet), 14. März 1882 VI Nr. 133 S. 423 ff., 20. Okt. 1882 VII Nr. 127 S. 421 ff., 13. Dez. 1886 XVII Nr. 88 S. 359; vgl. a. RG. 18. März 1883 IX Nr. 93 S. 323. Gegen die Ansicht des RG.: L. Seuffert a. a. O. S. 2 ff. sowie Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 299].

d) An das Urteil des Berufungsgerichts ist die erste Instanz, an welche die Sache zurückverwiesen wird, gebunden. Dies ergiebt sich aus § 289; denn das Verfahren vor dem erstinstanziellen Gerichte ist sachlich die Fortsetzung der Berufungsverhandlung; auch wäre anderenfalls endloses Hin- und Herschieben zwischen den beiden Instanzen möglich. [Vgl. L. Seuffert a. a. O. S. 54 ff., OLG. Jena SA. XL Nr. 256]. Gelangt der zurückverwiesene Prozeß infolge einer neuen Berufung gegen das neue Urteil des Untergerichts zum anderenmal in die Berufungsinstanz, so ist das Berufungsgericht selbst an sein früheres Urteil gebunden [vgl. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. VI S. 427 f.]. — Für das nach der Zurückverweisung bei dem Gericht erster Instanz sich entwickelnde Verfahren gilt das Verbot der Klagänderung (§ 489); die §§ 490 bis 496, 498 finden entsprechende Anwendung, weil das Verfahren sachliche Fortsetzung des zweiten iudicium ist [L. Seuffert a. a. O. S. 57—60. AM. Troll Vers.Urt. S. 236].

e) Hat das Berufungsgericht in einem Falle, wo § 500 die Zurückverweisung gebietet, dieselbe unterlassen und die Durchführung des Prozesses sich selbst angemaßt, so liegt darin eine Verletzung prozessualischer Rechtsnormen; diese muß mittels selbständiger Revision gegen das etwaige Zwischenurteil geltend machen, wenn dieses Zwischenurteil nach §§ 248, 276, 562 selbständig revisibel ist; anderenfalls kann erst gegen das Endurteil Revision eingelegt und die Gesetzesverletzung geltend gemacht werden [L. Seuffert a. a. O. S. 49].

f) Das Verfahren nach der Zurückverweisung bildet in Bezug auf die Kosten mit dem früheren Verfahren eine Instanz (GKG. § 31, GO. f. RA. § 26).

3. Zu Nr. 1: Wird das angefochtene Urteil bestätigt, so erfolgt keine Zurückverweisung. Erachtet das Berufungsgericht den Einspruch für zulässig, so wird das Urteil erster Instanz aufgehoben und die Sache zurückverwiesen [vgl. Wach Vortr. S. 199, v. Kries Rechtsm. S. 195]. Ebenso wenn die erste Instanz ein Rest.-Gesuch gegen Versäumung der Einspr.-Frist verworfen hat und das Ber.-Ger. das Rest.-Ges. für begründet erachtet [vgl. RG. Entsch. XII Nr. 106 S. 373].

4. Zu Nr. 2: a) Hatte die erste Instanz prozeßhindernde Einreden verworfen und

erachtet das Berufungsgericht die Berufung für unbegründet, so verwirft es die Berufung und verweist die Sache an das Gericht der ersten Instanz zurück. Werden in der Berufungsinstanz andere prozeßhindernde Einreden als die in erster Instanz verworfenen geltend gemacht, so hat das Berufungsgericht auch über diese zu erkennen (Abs. 2). Ergiebt sich dabei, daß eine solche andere Einrede zulässig (§ 490) und begründet ist, so spricht das Berufungsgericht die absolutio ab instantia aus (natürlich ohne Zurückverweisung). Ergiebt sich dagegen, daß auch die anderen prozeßhindernden Einreden nicht begründet sind, so ist die Berufung unter Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz zu verwerfen. b) Erachtet das Berufungsgericht eine prozeßhindernde Einrede für begründet, welche von dem Untergericht als unbegründet verworfen wurde, so ist die absolutio ab instantia (natürlich ohne Zurückverweisung) auszusprechen. Wegen der Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des § 467 die Verweisung an das Landgericht auszusprechen, vgl. Bem. Nr. 4 zu § 467. c) Hatte die erste Instanz eine prozeßhindernde Einrede für begründet erklärt, daher die absolutio ab inst. ausgesprochen und das Berufungsgericht ist gleicher Ansicht, so wird das Urteil (natürlich ohne Zurückverweisung) bestätigt. d) Erachtet das Berufungsgericht eine prozeßhindernde Einrede für nicht begründet, welche das Untergericht für begründet erachtet hatte, so ist das Urteil der ersten Instanz aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen [vgl. OLG. Jena SA. XLI Nr. 72, Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 75 N. *]. Auch in diesem Fall greift jedoch Abs. 2 ein; das Berufungsgericht hat über neu vorgebrachte prozeßhindernde Einreden zu erkennen. Ebenso ist zu verfahren, wenn die erste Instanz, ohne daß eine Einrede formell vorgebracht wurde, ex officio wegen eines der in § 247 bezeichneten Mängel auf abs. ab inst. erkannt hatte. [Vgl. OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. VII S. 335. AM. RG. 1. Okt. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 161 für den Fall, daß in erster Instanz zur Hauptsache verhandelt war. Unrichtig! Der § 500 soll verhüten, daß über die Hauptsache vom Berufungsgericht ein Urteil gefällt werde, ohne daß die erste Instanz darüber geurteilt hat. Also kommt es nicht auf die Verhandlung an.] e) Erachtet das Berufungsgericht eine Einrede, welche nicht zu den prozeßhindernden (im Sinne des § 247) gehört, für unbegründet so findet keine Zurückweisung statt [RG. 8. Juli 1881 Entsch. V Nr. 102 S. 376]. Ebensowenig ist zurückzuverweisen, wenn eine prozeßhindernde Einrede erst in der zweiten Instanz vorgebracht und verworfen wird [RG. 9. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 94 S. 336].

5. Zu Nr. 3: a) Ist in dem Urteil erster Instanz über den Grund des nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs gemäß § 276 vorab entschieden und zwar dahin, daß der Anspruch vorbehaltlich der Entscheidung über den Betrag begründet sei, und verwirft das Berufungsgericht die gegen dieses Urteil gemäß § 276 Abs. 2 eingelegte Berufung, so hat es die Sache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen. b) Erachtet das Berufungsgericht die gegen das ad a bezeichnete Urteil der ersten Instanz eingelegte Berufung für begründet, folglich den Anspruch für nicht zu Recht bestehend, so erkennt das Berufungsgericht auf Abweisung der Klage, natürlich ohne Zurückverweisung. c) Ist in dem Urteil erster Instanz über den Grund des nach Grund und Betrag streitigen Anspruch dahin entschieden, daß die Klage abgewiesen werde, und hält das Berufungsgericht dafür, daß die Berufung begründet sei, also der Anspruch zu Recht bestehe, so ist die Sache nicht zurückzuverweisen; sie bleibt vielmehr in der zweiten Instanz und es ist hier nicht bloß über den Grund sondern auch über den Betrag des Anspruchs zu entscheiden. Dabei kommt nichts darauf an, ob das Gericht erster Instanz die Verhandlung auf den Grund des Anspruchs beschränkt hatte oder nicht. Auch bei Beschränkung auf den Grund des Anspruchs ist die Entscheidung, welche die Klage abweist, keine Vorabentscheidung im Sinne der §§ 276 und 500 Nr. 3. [So jetzt nach längerem Schwanken RG. 5. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 70 S. 311 ff. und 18. Dez.

1886 XVII Nr. 86 S. 349, wo auch die frühere Rechtsprechung des RG. — Entsch. V Nr. 117 S. 412, VI Nr. 13 S. 57, VIII Nr. 4 S. 22, X Nr. 141 S. 430 ff., SA. XXXVII Nr. 268, Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1098 u. S. 1106 — angeführt und besprochen ist. Vgl. a. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 137, Petersen S. 725, A. Förster N. 4, Krämell Ztschr. f. d. CPr. VII S. 178 ff.]. d) Verwirft das Berufungsgericht die gegen das ad c bezeichnete Urteil der ersten Instanz eingelegte Berufung, so findet natürlich keine Zurückverweisung statt.

6. a) Hatte die erste Instanz im Urkundenprozeß unter Vorbehalt der Rechte (§ 562) verurteilt und bestätigt das Berufungsgericht solches Urteil ganz oder teilweise, so kehrt die Sache zur Vorinstanz zurück. Hier bleibt das Nachverfahren (§ 563) anhängig. b) Hatte die erste Instanz unter Vorbehalt der Rechte verurteilt und erachtet das Berufungsgericht dafür, daß die Klage definitiv (§ 560 Abs. 1) oder in der gewählten Prozeßart (§ 560 Abs. 2) abzuweisen sei, so ist entsprechendes Endurteil ohne Zurückverweisung zu fällen. c) Wenn das Berufungsgericht, ein ohne Vorbehalt der Rechte verurteilendes oder ein die Klage abweisendes Erkenntnis der ersten Instanz reformierend, in die Lage kommt, unter Vorbehalt d. R. zu verurteilen, so erwartet man gemäß dem Prinzip des § 500 ebenfalls die Zurückverweisung; aber der Fall ist nicht unter Nr. 4 des § 500 hinunterzubringen; denn das angefochtene Urteil ist nicht mit Vorbehalt d. R. erlassen. Fakultative Zurückverweisung aus § 501 ist möglich, wenn die erste Instanz bei einer Verurteilung mit Unrecht den Vorbehalt unterlassen hatte, denn das ist ein prozessualischer Mangel; nicht aber, wenn die erste Instanz die Klage abgewiesen hatte, denn hier konnte kein Vorbehalt ausgesprochen werden, prozessualisch ist die Entscheidung korrekt. Folglich wird das Ordinarium, soweit nicht auf Grund des § 501 zurückverwiesen wird, beim Berufungsgericht rechtshängig. [Vgl. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 7, Gaupp II S. 527, A. Förster N. 5, v. Kries S. 196, L. Seuffert a. a. O. S. 45, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 507. AM. Brettner Mag. f. DR. V S. 298 ff., Stein Urk.-Pr. S. 250 ff., 315 ff.].

7. Zu Nr. 5: Die Vorschrift betrifft nur den Fall, daß der Kontumazierte in zulässiger Weise (§ 474 Abs. 2) Berufung ergriffen hat und das Berufungsgericht die Berufung für begründet erachtet. Das nach § 296 Abs. 2 die Klage in Abwesenheit des Beklagten abweisende Urteil ist für den Kläger nicht Versäumnisurteil, kommt daher bei Berufung des Klägers nicht als Versäumnisurteil in Betracht (vgl. Mot. S. 310).

8. Bei Zurückverweisung ohne Verwerfung der Berufung bleibt die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz vorbehalten. Das Gericht erster Instanz hat über die Prozeßkosten, zu denen auch die der Berufungsinstanz gehören, zu entscheiden.

§ 501.

Leidet das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel, so kann das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel betroffen wird, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen.

Mot. S. 311. KPr. S. 243, 244.

1. Litteratur: s. Bem. Nr. 1 zu § 500.

2. Mangel des Verfahrens ist Verletzung der Prozeßrechtsnormen. Eine Prozeßrechtsnorm ist verletzt, wenn sie nicht oder nicht richtig angewendet ist (cf. § 512). Wesentlich ist der Mangel, wenn die Verletzung der Norm für die Entscheidung kausal ist, d. i. wenn ohne die Verletzung die Entscheidung nicht oder nicht so hätte ergehen können, wie sie ergangen ist. Wesentlich und unwesentlich sind nicht [wie Wach Vortr. S. 197 anzunehmen

scheint] Qualitäten gewisser Prozeßrechtsnormen, sondern Qualitäten konkreter Verletzungen des Prozeßrechts, betrachtet unter dem Gesichtspunkt des Kausalverhältnisses zur angefochtenen Entscheidung. [Vgl. L. Seuffert a. a. O. S. 50 f. Irrtümlich identifiziert Siebenhaar S. 500 die wesentlichen Mängel mit den unheilbaren, die unwesentlichen mit den nach § 267 heilbaren; dagegen Wilm. Levy N. 1]. Gewiß sind die in § 513 angeführten Rechtsverletzungen, welche das Gesetz als absolute Revisionsgründe erklärt (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 513), vom Berufungsrichter als Verletzungen zu betrachten, welche zur Nichtigkeit des davon betroffenen Verfahrens der ersten Instanz führen, ohne daß der Kausalnexus zwischen Verletzung und Entscheidung speziell nachgewiesen sein müßte. Aber auch andere Verletzungen von Prozeßrechtsnormen können nach Ansicht des Berufungsgerichts kausal für die angefochtene Entscheidung sein. [Unrichtig RG. 18. März 1883 Entsch. IX Nr. 93 S. 325; die dort angef. Entsch. d. 1. Inst. beruhte auf Verletzung der Prozeßnormen über das Beweisverfahren und die Zurückverweisung war daher zulässig]. Daß die Verletzung der Prozeßrechtsnorm in der Berufungsverhandlung von den Parteien gerügt wurde, ist nicht nötig (vgl. das in Bem. Nr. 2 zu § 487 cit. U. d. RG.); doch bleibt die Verletzung dispositiven Prozeßrechts (vgl. Bem. Nr. 6 zu § 267), deren Rüge nach §§ 267, 492 ausgeschlossen ist, in der zweiten Instanz außer Betracht; ebensowenig darf das Berufungsgericht die Verletzung einer dispositiven Prozeßrechtsnorm, deren Verletzung von der erschienenen rügeberechtigten Partei in der Berufungsverhandlung nicht gerügt wird, von Amtswegen beachten.

3. Ist das Berufungsgericht der Ansicht, daß eine für die Entscheidung kausale Verletzung von Prozeßrechtsnormen in der ersten Instanz stattgefunden hat, so ist gleichwohl die Zurückverweisung der Sache nicht obligatorisch. Ist das Berufungsgericht auf Grund der zweitinstanziellen Verhandlung in der Lage, ohne Heranziehung des ungültigen Verfahrens der ersten Instanz die Entscheidung zu treffen, so kann es die Entscheidung selbst erlassen; es kann aber auch nach freiem Ermessen die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des von dem Mangel betroffenen Verfahrens an das Gericht erster Instanz zurückverweisen. Die Befugnis des Berufungsgerichts, in der Sache selbst zu entscheiden, ist nicht, wie die des Revisionsgerichts in § 528, auf die Fälle der Nr. 1 und 2 des § 528 beschränkt, weil nach der Struktur des Berufungsverfahrens neue Angriffs- und Verteidigungsmittel einschließlich der Erklärungen und Beweismittel in zweiter Instanz vorgebracht werden können; es kann wenigstens dann, wenn beide Parteien in der Berufungsinstanz erschienen sind, regelmäßig eine Verhandlung erfolgen, auf Grund deren ohne Heranziehung der erstinstanziellen Prozedur eine Entscheidung zur Sache möglich ist. Andererseits muß das Berufungsgericht, auch wenn es auf Grund der Verhandlung in der Berufungsinstanz zur Sache selbst entscheiden könnte, nicht die Entscheidung geben, sondern kann trotzdem zurückverweisen. Wann das Gericht den einen oder anderen Weg einschlagen soll, entzieht sich, da Zweckmäßigkeitsrücksichten den Ausschlag geben, der theoretischen Erörterung. Im allgemeinen wird sich empfehlen, dann wenn das ganze Verfahren der ersten Instanz von dem Mangel betroffen ist, z. B. wenn das Gericht erster Instanz nicht vorschriftsmäßig besetzt war oder die Parteien in erster Instanz nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten waren, die Sache zurückzuverweisen. Bei mangelhaftem Thatbestand des Urteils erster Instanz ist die Zurückverweisung möglich, denn es liegt ein prozessualischer Verstoß vor [vgl. RG. 8. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 117 S. 407, 28. Mai 1881 IV Nr. 126 S. 432, 13. Dez. 1886 XVII Nr. 88 S. 361 ff., OLG. Jena SA. XL Nr. 250]. Eine andere Frage ist, ob die Zurückverweisung wegen dieses Verstoßes zweckmäßig ist, was bei der Möglichkeit der vollständigen Herstellung des Thatbestandes in der Berufungsinstanz zu bezweifeln ist [vgl. Brückner Ztschr. f. d. CPr. V S. 414 ff.].

4. Will das Berufungsgericht zurückverweisen, so ist, wie im Falle des § 500, das erstinstanzielle Urteil aufzuheben; dabei ist festzustellen, inwieweit auch das Verfahren erster Instanz für nichtig erklärt wird. Betrifft die Verletzung des Prozeßgesetzes das ganze Verfahren, so ist das ganze Verfahren für nichtig zu erklären. Betrifft die Verletzung nur einen Teil des erstinstanziellen Verfahrens, so ist der betroffene Teil zu vernichten, während der andere Teil bestehen bleibt. Bei solcher teilweiser Vernichtung bleiben nicht bloß bedingte Endurteile und Zwischenurteile der Vorinstanz, die auf Grund eines nicht vernichteten Teils der Verhandlung erlassen sind (KPr. S. 243 f.), sondern auch andere Prozedurbestandteile (z. B. Beweisaufnahmen, Parteierklärungen, gerichtliche Geständnisse, Eideserklärungen, Eidesleistungen) und prozessualische Präklusionen (z. B. der Befugnis, einer Klagänderung zu widersprechen, der sog. verzichtbaren prozeßhindernden Einreden, des Rügerechts nach § 267) bestehen, soweit dieselben außerhalb des vernichteten Prozeßteils liegen (z. B. der Beklagte hatte sich vor einem vorschriftsmäßig besetzten Gericht ohne Rüge der Unzuständigkeit auf die Sache eingelassen; die Verhandlung wird in einem zweiten Termin vor einem nicht vorschriftsmäßig besetzten Gericht fortgesetzt. Diese letztere Prozedur wird vernichtet. Die Unzuständigkeitseinrede bleibt präkludiert). Die Einheit des Verfahrens bewirkt nur, daß bei teilweiser Nichtigkeit dem Beklagten alle Rechte zurückgegeben werden, die nicht durch im gültigen Teil liegende Zwischenurteile, Geständnisse, Eidesleistungen oder Präklusionen ausgeschlossen sind. [So auch A. Förster N. 3, Hellmann Lehrb. S. 700; ähnlich v. Kries Rechtsm. S. 338; vgl. a. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. VI S. 237. AM. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 529, Wach Vortr. S. 198]. Die Versäumnis des Termins zur mündlichen Verhandlung über die zurückverwiesene Sache ist nach den allgemeinen Regeln (§§ 295, 296, 297, 430) zu behandeln. [Vgl. über das Verf. nach der Zurückverweisung L. Seuffert a. a. O. S. 54 ff.].

Daß das Berufungsgericht einen quantitativen Teil des Urteils wegen Prozedurmangels nur aufheben kann, wenn die Berufungsanträge sich auf diesen Teil beziehen, folgt aus § 498.

5. Das Urteil, welches die Aufhebung und Zurückverweisung ausspricht, ist Zwischenurteil und als solches nicht selbständig anfechtbar. Zur Kognition des Revisionsgerichts kann es nur gebracht werden, wenn gegen das neue erstinstanzielle Urteil wieder Berufung ergriffen und darauf vom Berufungsgericht Endurteil erlassen ist (vgl. Bem. Nr. 2 litt. c zu § 500). Das Untergericht ist an das Zwischenurteil der höheren Instanz gebunden (vgl. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 500).

6. Wegen der Kosten s. Bem. Nr. 8 zu § 500; wegen der Gebühren s. Bem. Nr. 2 litt. f zu § 500.

§ 502.

Werden nach Vorschrift des § 252 Verteidigungsmittel zurückgewiesen, so ist die Geltendmachung derselben dem Beklagten vorzubehalten.

Enthält das Urteil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urteils nach Vorschrift des § 292 beantragt werden.

Das Urteil, welches unter Vorbehalt der Geltendmachung von Verteidigungsmitteln ergeht, ist in betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehen.

Mot. S. 311 f. KPr. S. 244 f., 559.

1. Zu Abs. 1: Vgl. die Bemerkungen zu § 252. — Auch für die Berufungsinstanz ist die Rolle der Partei in erster Instanz maßgebend. Nur Verteidigungsmittel dessen, der in erster Instanz Beklagter oder Widerbeklagter war, können zurückgewiesen werden. —

Was als nachträglich vorgebracht zu betrachten ist, entscheidet sich nach dem Zeitpunkt des Vorbringens in der Berufungsinstanz. In der ersten Instanz nach § 252 zurückgewiesene Verteidigungsmittel können in der Berufungsinstanz rechtzeitig vorgebracht sein.

2. Zu Abs. 2: Der Vorbehalt ist im Urteilssatz auszusprechen. Entweder sind die vorbehaltenen Verteidigungsmittel im Urteilssatz zu bezeichnen oder es ist in dem Tenor auf die in den Gründen als verspätet zurückgewiesenen Verteidigungsmittel zu verweisen. [Ein Formular s. Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 344.] Für den Ergänzungsantrag läuft die Frist des § 292 Abs. 2. Nach Ablauf dieser Frist ist die Ergänzung noch im Wege der Revision erreichbar. Die Sache liegt anders als im Falle des § 292 Abs. 1; die zurückgewiesenen Verteidigungsmittel sind nicht, wie im Falle des § 292 der übergangene Anspruch, außerhalb der Kognition des Gerichts geblieben; sie waren Gegenstand der Kognition, aber einer mangelhaften, weil gegen § 502 Abs. 1 verstoßenden Kognition; deshalb kann das Revisionsgericht um Korrektur angegangen werden. [Vgl. das den parallelen Fall des § 562 betr. U. d. RG. Entsch. X S. 347.]

3. Zu Abs. 3: Das unter Vorbehalt der Verteidigungsmittel ergehende Urteil beendet den Streit nur provisorisch. Es gleicht in diesem Punkte dem Urteil nach § 562, ist jedoch von dem letzteren Urteil insofern verschieden, als nach § 502 nur konkrete Verteidigungsmittel, nach § 562 aber die Ausführung aller Rechte vorbehalten werden. — Das Urteil mit Vorbehalt kann selbständig mit Revision angefochten werden. Das Urteil ist, sobald es formell rechtskräftig ist (§ 645), bei vorläufiger Vollstreckbarkeit natürlich sofort, vollstreckbar. Die Vollstreckbarkeit dauert fort, bis das Urteil aufgehoben ist und das aufhebende Urteil die Rechtskraft beschritten hat. Wird das aufhebende Urteil selbst für vorläufig vollstreckbar erklärt, so hört mit dessen Erlassung die Vollstreckbarkeit des ersten Urteils auf. [Unrichtig die Ansicht Brettners Ztschr. f. d. CPr. III S. 346, daß das aufhebende Urteil nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden könne.]

4. Im Urkunden- und Wechselprozeß und in Ehesachen ist § 502 nicht anwendbar (§§ 564, 583).

§ 503.

In betreff der Verteidigungsmittel, deren Geltendmachung dem Beklagten vorbehalten ist, bleibt der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig.

Insoweit sich in dem weiteren Verfahren ergiebt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urteil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen und auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen, sowie über die Kosten anderweit zu entscheiden.

Mot. S. 311, 312. KPr. S. 244, 245, 559.

1. Die Nachverhandlung beschränkt sich auf die Frage, ob bei Berücksichtigung der vorbehaltenen Verteidigungsmittel der Anspruch ganz oder teilweise abzuweisen sei. Der Beklagte kann andere als die vorbehaltenen Verteidigungsmittel nicht mehr geltend machen [RG. 17. Dez. 1883 Entsch. X Nr. 132 S. 407]. Natürlich kann der Kläger sich zur Abwehr der vorbehaltenen Verteidigungsmittel neuer Verteidigungsmittel bedienen. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so ist der Beklagte nicht gehindert, zur Elidierung derselben neue, nicht vorbehaltene Defensionen vorzubringen (Mot. S. 311).

Die Parteirollen bleiben unverändert. Jede Partei kann die andere zur Verhandlung

laden unter Beobachtung der Frist des § 194 (nicht der Einlassungsfristen!). Von Amtswegen wird aber der Termin zur Verhandlung über die vorbehaltene Verteidigung nicht bestimmt (s. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. f ζ vor § 191). Das Nachverfahren ist mit dem früheren hinsichtlich der Kostenerstattungspflicht als einheitliches zu behandeln; natürlich sind Kostenseparationen aus §§ 92 Abs. 2 und 251 Abs. 2 möglich. Das Nachverfahren bildet mit dem früheren hinsichtlich der Gebühren eine Instanz (arg. a contr. GKG. § 31); nach Umständen kann GKG. § 48 anwendbar werden.

2. Werden die vorbehaltenen Verteidigungsmittel als nicht begründet erkannt, so sind dieselben durch Endurteil zu verwerfen (z. B.: „die durch Urteil vom ...... vorbehaltene Einrede des Schulderlasses wird verworfen"); der Beklagte ist in die Kosten des Nachverfahrens zu verurteilen. Ergiebt sich dagegen, daß der in der Klage oder Widerklage geltend gemachte Anspruch ganz oder teilweise unbegründet ist, so ist das frühere Urteil ganz oder teilweise aufzuheben und der Kläger mit dem unbegründeten Anspruche abzuweisen, auch über die Kosten aufs neue zu erkennen. Hat der Beklagte auf Grund des provisorischen Urteils bereits gezahlt oder geleistet, so kann er bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, innerhalb des Nachverfahrens die Verurteilung des Klägers zur Erstattung verlangen. Über einen solchen Antrag ist mündlich zu verhandeln. Ob der Beklagte außer der Erstattung des Gezahlten oder Geleisteten auch Ersatz etwaigen Schadens, der ihm durch die Zahlung oder Zwangsvollstreckung zuging, vom Kläger beanspruchen kann, ist in der CPrO. nicht entschieden. Gemeinrechtlich wird ein Anspruch auf Schadensersatz nur dann begründet erscheinen, wenn der Kläger dolos, d. i. wissend, daß sein durch das provisorische Urteil anerkannter Anspruch nicht begründet war, die Zahlung oder Leistung erzwungen hat. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 655. Keinesfalls kann ein Anspruch auf Schadensersatz innerhalb des Nachverfahrens erhoben werden.

Sowohl das Urteil, welches die vorbehaltenen Verteidigungsmittel verwirft, wie jenes, welches zufolge des Nachverfahrens das frühere Urteil ganz oder teilweise aufhebt, ist unter den allgemeinen Voraussetzungen mittels Revision anfechtbar.

3. Terminsversäumnis im Nachverfahren. Im Gesetze ist nicht, wie in § 563 Abs. 3, die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Versäumnisurteil vorgeschrieben. Gleichwohl ist deren entsprechende Anwendbarkeit zu behaupten. Da aber das Nachverfahren sich nur um die Frage dreht, ob die vorbehaltenen Verteidigungsmittel zu einer Aufhebung des provisorischen Urteils führen, so ist der Beklagte in der Stelle des Angreifenden, der Kläger in der Stellung dessen, der einen prozessualischen Angriff erleidet. [Troll Vers.Urt. S. 100 bringt diesen Gedanken zum schiefen Ausdruck, wenn er von Widerklage redet.] Daraus ergiebt sich: a) Bleibt der Kläger aus, so ist das auf die vorbehaltenen Verteidigungsmittel bezügliche thatsächliche Vorbringen des Beklagten als zugestanden anzunehmen und, soweit dieses den Antrag auf Aufhebung des Urteils und Verurteilung des Klägers zur Wiedererstattung begründet, den Anträgen des Beklagten durch Versäumnisurteil stattzugeben (arg. § 296). Anderes thatsächliches Vorbringen des Beklagten wäre als unzulässig nicht zu beachten. b) Bleibt der Beklagte aus, so sind die vorbehaltenen Verteidigungsmittel durch Versäumnisurteil zu verwerfen (arg. § 295). Es macht in beiden Fällen keinen Unterschied, ob der Kläger oder der Beklagte die Berufung ergriffen ~~ergriffen~~ hat. [Vgl. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 359.]

§ 504.

Die Vorschriften über das Versäumnisverfahren in erster Instanz finden entsprechende Anwendung.

Beantragt der Berufungskläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Versäumnisurteil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegensteht, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe.

Mot. S. 312, 313. KPr. S. 245–247, 559.

1. Erscheint der Berufungskläger nicht im Termin zur mündlichen Verhandlung, so hat das Gericht zuvörderst ex officio zu prüfen, ob die Formalien der Berufung in Ordnung sind. Das ist notwendige Konsequenz der in § 497 vorgeschriebenen Offizialprüfung der Formalien, folgt aber auch schon daraus, daß Zulässigkeit der Berufung die Voraussetzung für jedes sachliche Urteil ist. Ergiebt sich ein Mangel der Formalien, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Dieses Urteil ist auch gegenüber der nicht erschienenen Partei nicht Versäumnisurteil, unterliegt daher nicht dem Einspruch, sondern kann nur mittels Revision angefochten werden (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 295). [So auch Wilm. Levy N. 1 A. Förster N. 2, Hellmann Lehrb. S. 711, Troll Vers.Urt. S. 159 f., Mugdan Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 795 ff., Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 461, Reincke S. 463. AM. nämlich gegen die Prüfung der Berufungsformalien Struckm. Koch N. 2, Gaupp II S. 537, (welcher mit der m. E. unhaltbaren Unterstellung operiert, daß als Versäumnisfolge das Präjudiz des Verzichts gelte), Möller Beiträge z. E. d. DR. XXVI S. 188, Wagemann Ztschr. f. d. CPr. VI S. 60, H. Meyer eod. IX S. 352, Brettner Mag. f. DR. II S. 296; vgl. a. RG. 5. April 1884 Entsch. XII Nr. 102 S. 365, wo gesagt ist, daß die Formalien bei Versäumnis des Berufungsklägers nicht ex officio zu prüfen seien, gleichwohl aber vom Berufungsbeklagten der Nachweis der Zustellung des Urteils erster Instanz verlangt wird, um zu beurteilen, ob nicht die Berufung vor Zustellung des U. eingelegt sei. Konsequent ist diese Entscheidung jedenfalls nicht; denn, wenn die Formalien nicht zu prüfen sind, so ist nicht abzusehen, warum gleichwohl die Beobachtung des § 477 Abs. 2, der doch auch nur ein Formale enthält, ex officio geprüft werden soll.] Sind die Formalien in Ordnung, dann ist auf Antrag des Berufungsbeklagten die Berufung durch Versäumnisurteil zu verwerfen, einerlei ob der Berufungskläger in erster Instanz Kläger oder Beklagter war. [Die Motive zu Entw. I S. 372, Entw. II S. 399, Entw. III S. 312 bezeichnen die Abweisung der Berufung als eine ohne weiteres aus der entsprechenden Anwendbarkeit des § 295 sich ergebende Folge, und alle Kommentatoren sowie Wach Vortr. S. 205, Fitting Lehrb. § 71 VIII, Hellmann Lehrb. S. 710 f. stimmen dem bei. Dagegen hat v. Kries a. a. O. ꝛc. S. 203 ff. Widerspruch erhoben. Er will den ausbleibenden Appellanten, welcher Kläger ist, nicht mit der Berufung, sondern mit der Klage abweisen, gegen den ausbleibenden Appellanten, der Beklagter ist, aber das Präjudiz des § 296 Abs. 2 anwenden. Das Gesetz geht aber, wie aus Abs. 2 des § 504 zu ersehen ist, davon aus, daß es sich bei der Berufung um Anfechtung eines Urteils handelt, daß dieses Urteil die Grundlage der Berufungsverhandlung bildet und daß es im Versäumnisverfahren eine Bedeutung hat, die ihm allerdings im kontradiktorischen Verfahren nicht in ganz gleichem Maße zukommt. Schon aus diesem Grunde ist v. Kries' Ansicht unhaltbar. Sie ist dies aber auch noch aus einem zweiten Grunde. Offenbar müßten Kontumazialanträge der behaupteten Art, wenn nicht der Appellant schon in erster Instanz ganz und gar unterlegen ist, zu Reformationen in peius führen. Solche Reformationen sind nur bei Anschließung an die Berufung möglich. Anschließung in Abwesenheit des Gegners ist aber nur möglich, wenn die Anträge bereits vorher vorgetragen waren (s. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 482, vgl. v. Kries S. 151). Es führt also v. Kries'

Ansicht zu dem unbrauchbaren Ergebnis, daß der Berufungsbeklagte in allen Fällen, wo er nicht in erster Instanz ganz und gar obsiegte, in einer früheren Verhandlung schon Adhäsionsanträge vorgetragen haben müßte, um überhaupt zu einem Versäumnisurteil gegen den Berufungskläger zu gelangen.]

Das gegen den Berufungskläger erlassene Vers.Urteil unterliegt dem Einspruch.

2. Ist der Berufungsbeklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung (vgl. § 297) nicht erschienen und wird vom Berufungskläger Versäumnisurteil beantragt, so hat das Berufungsgericht zunächst zu prüfen, ob die Formalien in Ordnung sind, und bei einem Mangel wie in dem Falle der Bem. 1 Abs. 1 zu enscheiden. Sind die Formalien in Ordnung und greift weder der § 300 noch der § 301 ein, dann hat das Gericht Versäumnisurteil zu erlassen. Die Versäumnisfolge des § 296 Abs. 2 ist durch § 504 Abs. 2 modifiziert. Weil nämlich das angefochtene Urteil die nicht zu ignorierende Grundlage der Verhandlung bildet (Mot. S. 312), auch einschließlich des Thatbestandes vom Berufungskläger gemäß § 488 in der mündlichen Verhandlung vorzutragen ist, so bedarf das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers nicht schlechthin sondern nur insoweit keines Beweises (nach der Terminologie des Gesetzes: ist — als zugestanden zu erachten), als das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegensteht. „Festgestelltes Sachverhältnis“ ist, was in erster Instanz behauptet und entweder zugestanden oder bestritten und erwiesen oder bestritten und nicht erwiesen ist, wobei die Beweiswürdigung der ersten Instanz den Berufungsrichter nicht bindet. Nicht zu dem festgestellten Sachverhältnis gehört, was behauptet und weder bestritten noch zugestanden oder erwiesen ist; also die Behauptungen, welche gemäß den §§ 129 Abs. 2, 404 Abs. 3, 417 Abs. 2 nur als zugestanden „anzusehen“ sind. Wenn die auf Grund dieser Paragraphen in erster Instanz eingetretenen Versäumnisfolgen den jetzigen Berufungsbeklagten trafen, werden sie natürlich bei dessen contumacia im Berufungsverfahren bestätigt. Wenn jene Folgen aber ihre Spitze gegen den Berufungskläger richteten, kann derselbe im Falle der contumacia des Berufungsbeklagten die in der ersten Instanz versäumten Erklärungen in der zweiten Instanz nachholen und dadurch die in erster Instanz eingetretenen Nachteile ausbessern. [Vgl. hierzu Troll Vers.Urt. S. 175 f.]

Soweit das festgestellte Sachverhältnis dem thatsächlichen mündlichen Vorbringen des Berufungsklägers entgegensteht, bedarf dieses Vorbringen trotz der contumacia des Berufungsbeklagten des Beweises und ist daher nur zu berücksichtigen, wenn die Aufnahme von Beweis zulässigerweise beantragt ist. Ist aber die Aufnahme von Beweis zulässiger Weise beantragt, dann wird der Beweis nicht wirklich aufgenommen, sondern es wird fingiert, daß die Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe, und mit diesem eingebildeten Beweisergebnis muß das Berufungsgericht operieren, indem es dasselbe im Zusammenhalt mit etwaigem Beweismaterial der ersten Instanz nach freiem Ermessen und, soweit Beweisregeln eingreifen, nach diesen Regeln würdigt — eine eigentümliche und wenig praktische Einrichtung. Die Unzulässigkeit einer Beweisaufnahme kann sich aus den §§ 263, 383 Abs. 2, 410, 411, 413, 414, 428 Abs. 2, 429, 434—436, 544 Abs. 2 ergeben.

Einzelnes: a) Der Berufungskläger bringt zur Begründung seiner Klage oder zu seiner Verteidigung eine neue Behauptung vor. Diese ist für zugestanden anzusehen. b) Der Berufungskläger bringt eine Behauptung vor, die schon in erster Instanz von ihm vorgebracht und vom Gegner bestritten wurde. Die Behauptung ist auch in zweiter Instanz nicht für zugestanden zu erachten. Wenn der Berufungskläger nicht bloß die Resultate der in erster Instanz gepflogenen Beweiswürdigung angreift, so bedarf die Behauptung des Beweisangebots. Beantragt der Berufungskläger bezüglich dieser Behauptung eine Beweisaufnahme, so tritt

die besprochene Fiktion ein. Ist z. B. Beweis durch Zeugen beantragt, so wird fingiert, daß die Zeugen das aussagten, was unter ihr Zeugnis gestellt wurde; ist Beweis durch Eideszuschiebung angetreten, so ist, Zulässigkeit der Zuschiebung vorausgesetzt, anzunehmen, daß die Eidesleistung von dem Gegner verweigert wurde. c) Der Berufungskläger bestreitet thatsächliche Behauptungen, welche vom Gegner in der ersten Instanz vorgebracht wurden. Waren diese Behauptungen des Gegners von dem Berufungskläger in der ersten Instanz gerichtlich zugestanden (§ 261), so ist zur Wirksamkeit der Bestreitung Beweisangebot gemäß § 263 nötig; die Fiktion des in Aussicht gestellten Beweisergebnisses tritt nur ein, soweit das Beweisergebnis dem § 263 entspricht. Waren die Behauptungen des Gegners von dem Berufungskläger schon in der ersten Instanz bestritten und beschränkt sich der Berufungskläger nicht darauf, die Beweiswürdigung anzufechten, so muß der Berufungskläger Beweis für die Unrichtigkeit jener Behauptungen beantragen und es tritt, soweit die beantragte Beweisaufnahme zulässig ist, jene Fiktion ein. Da der Beweis des Gegenteils einer beschworenen Thatsache nur unter den in § 428 Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen zugelassen ist, so ist im Falle einer in erster Instanz stattgehabten Eidesleistung des Gegners, eine Beweisantretung des Berufungsklägers nur beachtlich, wenn sie dem § 428 Abs. 2 entspricht. d) Der Berufungskläger bestreitet in der Berufungsinstanz eine dem Urteil der ersten Instanz zu Grunde liegende thatsächliche Behauptung, welche von dem Gegner in erster Instanz vorgebracht, von dem Berufungskläger damals nicht beantwortet und daher gemäß § 129 Abs. 2 als zugestanden angesehen wurde. Die Bestreitung hat zur Folge, daß die gegnerische Behauptung jetzt beweisbedürftig wird und, da von dem nicht erschienenen Berufungsbeklagten kein Beweisangebot vorliegt, als nicht erwiesen behandelt wird. Entsprechend gestaltet sich die Sachlage bei Nachholung einer in erster Instanz von dem Berufungskläger versäumten Erklärung über die Echtheit einer Urkunde oder über eine Eideszuschiebung. Die Echtheit der (Privat-) Urkunde wird beweisbedürftig und ist unerwiesen; bei Annahme des Eides wird die Eidesleistung, bei Zurückschiebung die Verweigerung fingiert.

Die entwickelten Sätze gelten, mag der Berufungskläger in der ersten Instanz Kläger oder Beklagter gewesen sein. [Irrtümlich behauptet v. Kries S. 205, in § 504 Abs. 2 sei einseitig der Fall, daß der Berufungsbeklagte der Beklagte der 1. Inst. sei, ins Auge gefaßt.

Auch in der Berufungsinstanz greift der § 300 ein. Aus Nr. 3 des § 300 folgt, daß die vom Berufungskläger vorgebrachten Behauptungen, Bestreitungen und Beweisanträge dem Berufungsbeklagten rechtzeitig mitgeteilt sein müssen, damit die Versäumnisfolge realisirt werden kann (vgl. Mot. S. 312). Auch was hiervon in erster Instanz schon vorgebracht war, bedarf wiederholter Ankündigung durch Schriftsatz in der Berufungsinstanz, weil dessen Reproduktion in zweiter Instanz für den Gegner ungewiß ist.

Das gegen den nicht erschienenen Berufungsbeklagten ergangene Urteil kann durch Einspruch des Berufungsbeklagten angefochten werden, wenn und soweit es Versäumnisurteil gegen den letzteren ist, also wenn es Versäumnisfolgen realisiert und soweit es den Anträgen des Berufungsklägers stattgiebt. Wenn das Urteil keine der in § 504 Abs. 2 bezeichneten Versäumnisfolgen realisiert, z. B. nur aus Rechtsgründen oder auf Grund abweichender Würdigung der in erster Instanz aufgenommenen Beweise das Urteil der ersten Instanz abändert oder aufhebt, so ist es kein Versäumnisurteil; ebenso, insoweit es zwar eine oder die andere der in § 504 bezeichneten Versäumnisfolgen hypothetisch realisiert, aber gleichwohl zur gänzlichen Verwerfung der Berufung gelangt (vgl. Bem. Nr. 2 g. E. zu § 296). Wenn und insoweit das Urteil nicht Versäumnisurteil ist, kann es nicht mit Einspruch wohl aber unter den allgemeinen Voraussetzungen mit Revision angefochten werden. [Vgl. Troll Vers.Urt S. 80 ff., OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. VII S. 351. AM. RG. 20. Juni 1883

Entsch. X Nr. 128 S. 403 sowie Wilm. Levy N. 2, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 356.]

3. Auf die Anschlußberufung ist § 504 entsprechend anzuwenden. In Abwesenheit des Berufungsklägers kann der Berufungskläger keine Anschlußberufung einlegen (s. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 482); eine im Schriftsatz angekündigte, noch nicht in mündlicher Verhandlung erhobene Adhäsion kann nicht verworfen werden, weil sie noch nicht perfekt ist. Ist aber in einem früheren Termin durch Antragstellung in der Verhandlung adhäriert worden, dann kann sich der Versäumnisfall auf Seite sowohl des Adhärenten wie seines Gegners ergeben. Bleibt der Adhärent aus, so sind seine Adhäsionsanträge zurückzuweisen; bleibt der Gegner aus, so ist nach § 504 Abs. 2 zu verfahren. [Die Anwendbarkeit des § 504 auf die Anschlußberufung wird auch in den Mot. S. 313 und von den meisten Kommentaren — z. B. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 1 — sowie von Kleinschmidt Ztschr. f. d. CPr. V S. 458 und dem RG. 27. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 115 S. 384 anerkannt; doch geben die in Bem. Nr. 4 litt. b zu § 482 erwähnten Meinungsverschiedenheiten über die Zulässigkeit der Anschlußberufung in Abwesenheit des Ber.Klägers auch bezüglich der Art und Weise dieser Anwendung wieder Ausschläge. Gegen die Anwendbarkeit überhaupt Gaupp II S. 535 auf Grund der irrigen Annahme, daß das Ausbleiben des Berufungsklägers der Zurücknahme der Berufung gleichstehe, und Endemann II S. 411, 437.]

§ 505.

Bei der Darstellung des Thatbestandes im Urteil ist eine Bezugnahme auf das Urteil voriger Instanz nicht ausgeschlossen.

KPr. S. 544.

1. Litteratur s. Bem. Nr. 4 zu § 284. Speziell von § 505 handeln Streich a. a. O. S. 254 ff., Möller a. a. O. S. 192 ff., Rocholl a. a. O. S. 513 ff., Bähr a. a. O. S. 207 ff., Wengler a. a. O. S. 147 ff.

2. Der § 505 wurde in der JK. d. RT. eingefügt. Die Bezugnahme ist nur möglich, insoweit die Parteien in der Berufungsinstanz dasselbe vortrugen, wie in erster Instanz. Ist das Urteil der Vorinstanz nicht mit einem den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Thatbestand versehen, so muß das Berufungsgericht entweder nach § 501 zurückverweisen (vgl. Bem. Nr. 3 g. E. zu § 501) oder selbst einen das ganze Streit- und Sachverhältnis darlegenden Thatbestand abfassen. [Streich Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 254, Möller eod. XXVI S. 192 ff., Wengler Thatbestand S. 153, RG. 21. April 1881 Entsch. IV Nr. 126 S. 432.] — Auch für die Berufungsinstanz gilt § 284 Abs. 2. Doch kann auch hier die bloße Bezugnahme auf die Schriftsätze oder auf die Akten die Stelle des Thatbestandes nicht vertreten. Eine solche Bezugnahme ist kein ordnungsmäßiger Thatbestand. [Vgl. Bem. Nr. 4 Abs. 2 zu § 384 cit. Ull. d. RG., insbes. 21. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 53 S. 188, 19. April 1882 X Nr. 93 S. 318.] Das Fehlen eines ordnungsmäßigen Thatbestandes kann Revisionsgrund sein; s. Bem. Nr. 8 litt. c zu § 513.

§ 506.

Der Gerichtsschreiber des Berufungsgerichts hat innerhalb vierundzwanzig Stunden, nachdem die Berufungsschrift zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht ist, von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz die Prozeßakten einzufordern.

Nach Erledigung der Berufung sind die Akten dem Gerichtsschreiber

des Gerichts erster Instanz nebst einer beglaubigten Abschrift des in der Berufungsinstanz erlassenen Urteils zurückzusenden.

Mot. S. 313. KPr. S. 247, 559.

1. Zu Abs. 1: Die Prozeßakten sind der höheren Instanz auf die Einforderung hin zu übersenden, obwohl, wie dies bei Berufung gegen ein Teil- oder Zwischenurteil möglich ist, der Rechtsstreit auch in der unteren Instanz anhängig bleibt (KPr. S. 247). Das Untergericht muß sich ohne Akten oder mit Abschriften behelfen, eventuell die Verhandlung vertragen.

2. Zu Abs. 2: Vgl. GKG. § 94 Nr. 1, dann Preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschreiber d. LG. § 7 Abs. 7 (JMBl. 1879 Nr. 32 Anl. II) und preuß. Gesch.-Ord. f. die Gerichtsschr. d. OLG. § 7 Abs. 7 (JMBl. 1879 Nr. 37 Anl. A); bayer. Dienstvorschr. f. Gerichtsschr. § 49.

Die Kenntnis des Urteils der höheren Instanz ist für die untere Instanz notwendig wegen §§ 34, 98, 646. Für die Urteilsabschrift sind Schreibgebühren zu erheben, arg. GKG. § 80a vgl. m. §§ 18 Nr. 3, 47 [RG. 10. April 1883 Entsch. XI Nr. 109 S. 409].

Daß die Akten der oberen Instanz an die untere Instanz abzugeben seien, ordnet die CPrO. nicht an. Für Preußen ist dies durch die cit. Verordnungen bestimmt.

Zweiter Abschnitt.

Revision.

1. Über den Charakter dieses Rechtsmittels bemerken die Motive S. 42 ff.:

„Die Revision ist als ein auf die rechtliche Beurteilung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel, als eine frei gestaltete revisio in iure konstruiert. Der Revisionsrichter hat zu prüfen, ob das angefochtene Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruht, und bei dieser Prüfung das im Urteil festgestellte Sachverhältnis zu Grunde zu legen, sofern nicht in dem Verfahren, welches zur Feststellung des Sachverhältnisses geführt hat, eine Gesetzesverletzung gerügt wird.

In dem Gesetz ist dieses Rechtsmittel als „Revision" bezeichnet, weil man einen besseren Ausdruck nicht zu finden vermochte. Den in der neueren deutschen Gesetzgebung üblich gewordenen, wenngleich der Sache nicht entsprechenden Ausdruck „Nichtigkeitsbeschwerde" wollte man meiden, weil er zu sehr an den Kassationsrekurs des französischen Rechts erinnert, mit diesem aber der Sache und den Formen nach vollständig gebrochen werden sollte.

Der Kassationsrekurs des französischen Rechts ist eine Rechtsbildung, welche mit der staatsrechtlichen Stellung des Kassationshofes in engster Verbindung steht.

Die nachfolgenden Gegensätze werden den Charakter der Revision deutlich hervortreten lassen.

Der Kassationshof, tribunal unique et sédentaire auprès du corps législatif, ist ein Organ der oberaufsehenden Gewalt des Staates, welches im öffentlichen Interesse richterliche Urteile wegen der darin enthaltenen Gesetzesverletzung vernichtet. — Der Revisionshof ist ein Gericht, welches den Parteien Recht spricht und ein Privatinteresse schützt, indem es ein Urteil aufhebt, wenn und insoweit es auf einer Gesetzesverletzung beruht, folgeweise Parteirechte schädigt. Ihrem Charakter entsprechend ist die Revision von den Parteien zur Hand zu nehmen, während der Kassationsrekurs auch von der Staatsbehörde erhoben werden kann; die Rücksicht auf die Beförderung der Einheit des Rechts und der Rechtsprechung giebt nur den allgemeinen rechtfertigenden Grund für die Zulassung der Revision als einer prozessualen Institution ab.

Der Kassationsrekurs als „remède extrême, qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative et des ordonnances" hat keinen Suspensiveffekt, wird durch die der gemeinrechtlichen Restitutionsklage entsprechende requête civile ausgeschlossen und gegen ein arrêt des Kassationshofes ist die requête civile unzulässig. — Die Revision als ein ordentliches civilprozessualisches Rechtsmittel hat Suspensiveffekt und

schließt ihrerseits die Restitutionsklage aus; gegen ein Revisionsurteil ist die Restitutionsklage statthaft.

Der Kassationsrekurs bedarf einer streng formalen Begründung einerseits, weil das Urteil nicht sowohl wegen einer nicht sachgemäßen Entscheidung, als wegen der Verletzung eines bestimmten Gesetzes angegriffen wird, andererseits, weil die Zulassung des Rekurses von einer Vorprüfung durch die chambre des requêtes abhängig ist. — Die Revision ist rücksichtlich ihrer Begründung so frei gestaltet, wie die Berufung. Daß der Revisionskläger, wenn er Mängel des Verfahrens rügt, die diesen Mangel ergebenden Thatsachen, wenn er behauptet, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen unrichtig festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, diese Thatsachen zu bezeichnen hat, ist Folge allgemeiner Grundsätze über die Substanzierung von Anträgen.

Die Prozedurformen vor dem Kassationshofe weichen von den Prozedurformen vor den Gerichten ganz wesentlich ab, wenngleich dieselben als formes presque judiciares bezeichnet werden können; sie beruhen auf dem Prinzip der Schriftlichkeit. — Die Prozedurformen vor dem Revisionsgerichte sind die allgemeinen Prozeßformen, in nichts verschieden von denjenigen, welche für das Berufungsverfahren Geltung haben; sie folgen durchweg dem Prinzip der Mündlichkeit. [Vgl. jedoch GVG. § 137 Abs. 3 in d. F. d. RG. v. 17. März 1886.]

Der Kassationshof als Organ der oberaufsehenden Gewalt des Staates kann, wenn er dem Rekurse statt giebt, nur das angefochtene Urteil vernichten, nicht aber den Parteien Recht sprechen; dieser Rechtsspruch muß einem Gerichtshofe überlassen werden, welcher grundsätzlich nicht an die Rechtsnormen gebunden ist, welche der Kassationshof der Vernichtung des Urteils zu Grunde gelegt hat. — Das Revisionsgericht hat grundsätzlich, wie jedes Gericht, den Parteien Recht zu sprechen, und es sind lediglich Gründe der Zweckmäßigkeit, welche eine Bestimmung rechtfertigen, wonach das Revisionsgericht im Falle der Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen hat, sofern die Sache nicht bereits zur Entscheidung reif erscheint. Daß das letztere Gericht an die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zum Grunde gelegt ist, gebunden sein muß, folgt ohne weiteres aus allgemeinen Grundsätzen."

Dann S. 314 f.: „Die Revision des Gesetzes ist eine neue Rechtsbildung und in ihrer allgemeinen Tendenz zu kennzeichnen als ein wie die Berufung freigestaltetes, jedoch auf die rechtliche Würdigung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel.

Die Richtigkeit dieser Charakteristik ergeben die nachstehenden Grundzüge.

Das Rechtsmittel hat suspensive Wirkung (§ 645) und devolviert den gesamten Rechtsstreit einschließlich der dem Endurteile vorausgegangenen Entscheidungen an ein vorgeordnetes Gericht, das Revisionsgericht (§ 510).

Frist und Form der Einlegung des Rechtsmittels entsprechen (§§ 514, 515) denjenigen der Berufung. Für die Thätigkeit des Revisionsgerichts sind die von den Parteien in der mündlichen Verhandlung gestellten Revisions- und Anschließungsanträge bestimmend (§§ 522, 279, 518); für die dem Gerichte obliegende freie Prüfung aller in die angegriffenen Teile des Rechtsstreits einschlagenden Rechtsfragen ist die Rüge durch die Partei weder Vorbedingung noch Schranke (§§ 515, 522). Das Verfahren über die Revision ist das Regelverfahren der ersten Instanz (§ 520). Über die vorbereitenden Schriftsätze bestimmen die §§ 516—520. Die einzelnen Positionen des § 516 erläutern die verschiedenen Richtungen, nach welchen das Urteil mit dem Rechtsmittel angegriffen werden kann.

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, beruht. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine „Rechtsnorm" nicht oder nicht richtig angewendet ist (§§ 511, 512).

Der Begriff und das Vorhandensein einer Gesetzesverletzung ist vollkommen unabhängig von dem Entstehungsgrunde der verletzten Rechtsnorm (§§ 512, 265, EG. § 12), nicht minder davon, ob dieselbe dem Gebiete des materiellen oder formellen Rechts — aus welchem letzteren der § 513 nur in deklarativer Weise einige absolute Mängel des Verfahrens hervorhebt — angehört und ohne Rücksicht darauf, ob der Richter der Vorinstanz gefehlt hat:

a) bei Feststellung des Sachverhältnisses § 516 Nr. 3,
b) bei Anwendung des Rechts auf das ohne Gesetzesverletzung festgestellte Sachverhältnis — in der Subsumtion — §§ 516 Nr. 1, 528 Abs. 2 oder
c) gegen eine Vorschrift über das Verfahren §§ 513, 521, 267, 516 Nr. 2.

Wird die Revision begründet gefunden, so hebt das Revisionsgericht das angefochtene Urteil auf (§ 527 Abs. 1). Das Revisionsgericht ist prinzipiell nicht gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden; vielmehr ist es hierzu verpflichtet, wenn die Aufhebung nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 528 Abs. 2 Nr. 1). Leidet das Verfahren an Mängeln, so unterliegt es gleichfalls der Aufhebung, und es folgt hieraus die Notwendigkeit, die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Hiervon entbindet das Gesetz nur in den Fällen der Unzuständigkeit des Gerichts und der Unzulässigkeit des Rechtswegs (§ 528 Abs. 2 Nr. 2). Daß in allen übrigen Fällen — insbesondere im Falle der Gesetzesverletzung bei Feststellung des Sachverhältnisses — der Rechtsstreit in die Berufungsinstanz zurückverwiesen werden muß, folgt aus der durch die allgemeine Natur des Rechtsmittels begründeten Vorschrift des § 524, wonach für die Entscheidung des Revisionsgerichts vorbehaltlich der dort geregelten Ausnahmen die in erster Instanz gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend sind. Das Berufungsgericht ist an die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, gebunden (§ 531 Abs. 1).

Bei dieser selbständigen Konstruktion des Rechtsmittels dient dessen Vergleichung mit anderen, in dem geltenden Prozeßrechte geordneten oder von Entwürfen vorgeschlagenen Rechtsmitteln nicht zur Klarstellung der Sachlage. Will man überhaupt durch Vergleichung argumentieren, so bezeichnet man die Revision am richtigsten nicht als erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde, sondern als beschränkte Berufung."

2. Revisionsgericht ist das Reichsgericht (GVG. § 135 Nr. 1). Vgl. jedoch EG. z. GVG. § 8 und EG. z. CPrO. § 7 (Bayer. Oberstes Landesgericht). Wegen der Entscheidungen der vereinigten Civilsenate und des Plenums s. RG. v. 17. März 1886, btr. die Abänderung d. § 137 des GVG. (RGBl. S. 61). Die Geschäftsordnung des RG. s. Centr.Bl. f. d. DR. 1886 S. 300 und Ztschr. f. d. CPr. X S. 442.

3. Die Gerichtsgebühren erhöhen sich in der Revisionsinstanz um die Hälfte (GKG. § 49 Abs. 1), die Anwaltsgebühren um $^{3}/_{10}$ (GO. f. RA. § 52).

4. Litteratur: v. Kries Rechtsmittel S. 295 ff., Stahl z. L. v. d. Revision Goltdamers Arch. 1876 S. 169 und Arch. f. c. Pr. LXVII S. 94 ff., Fels Revisionsrecht und Sonderrecht (1884), Rocholl die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und ihre Grenzen Ztschr. f. d. CPr. X S. 285 ff.

§ 507.

Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurteile statt.

Mot. S. 41 ff., 313—316. KPr. S. 247—262, 559, 607—622, 703—707.

1. Bem. Nr. 1 zu § 472 findet hierher entsprechende Anwendung. Zu den sub litt. c angeführten Urteilen tritt noch das Urteil nach § 502 hinzu. — Revision ist unzulässig gegen ein Urteil, welches sich nur der Form, nicht dem Inhalte nach als Endurteil darstellt [U. d. RG. v. 11. Mai 1880 Entsch. I Nr. 154 S. 429]. Revision ist zulässig gegen das nach § 821 von einem OLG. in erster Instanz erlassenes Urteil, welches Arrest oder einstweilige Verfügung anordnet [RG. v. 6. Dez. 1881 Entsch. V Nr. 123 S. 430, bay. o. LG. SA. XXXIX Nr. 61. AM. Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 296].

2. Wer zur Revision berechtigt und wem gegenüber Revision möglich ist, ergiebt sich aus entsprechender Anwendung der Bem. Nr. 2 und 3 zu § 472. Wegen Revisionseinlegung durch Bevollmächtigte vgl. Bem. Nr. 4 zu § 472.

§ 508.

In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche ist die Zulässigkeit der Revision durch einen den Betrag von fünfzehnhundert Mark übersteigenden Wert des Beschwerdegegenstandes bedingt.

In betreff des Werts des Beschwerdegegenstandes kommen die Vorschriften der §§ 3—9 zur Anwendung.

Der Revisionskläger hat diesen Wert glaubhaft zu machen. Der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung ist ausgeschlossen.

KPr. S. 248—262, 559, 607—622, 703—707.

1. Die Beschränkung der Revision durch das Erfordernis einer summa revisibilis war den Entwürfen fremd. Nach Entw. III sollte die Revision, wenn das Oberlandesgericht abgeändert hatte, also bei sententiae difformes, ohne Revisionssumme gestattet, bei übereinstimmenden Urteilen der Vorinstanzen (duae conformes) aber schlechthin versagt sein. Nach eingehender Beratung beschloß die JK. d. RT. die schließlich auch von den verbündeten Regierungen acceptierte Änderung, durch welche die Beschränkung des Rechtsmittels auf sententiae difformes aufgegeben und dafür die Beschränkung durch eine Revisionssumme eingeführt wurde.

2. Über den Begriff „vermögensrechtliche Ansprüche" s. Bem. Nr. 2 zu § 21. Natürlich sind Feststellungsklagen, welche sich auf Vermögensrechtsverhältnisse beziehen, vermögensrechtliche Ansprüche. Über deren Abschätzung vgl. Bem. Nr. 7 zu § 231. Ist ein nicht vermögensrechtlicher Anspruch (z. B. eine Klage auf Feststellung des Statuts) für einen vermögensrechtlichen (z. B. für einen Anspruch auf Alimentation) präjudiziell, und sind beide Ansprüche Gegenstand des Rechtsstreits, so ist die Revisionssumme erforderlich, wenn nur die Entscheidung über den vermögensrechtlichen Anspruch (im Beispiel: über die Alimentenforderung) Gegenstand der Beschwerde ist. Wird aber die Beschwerde gegen die Entscheidung des Präjudizialpunktes gerichtet, so ist die Beschwerde auch bezüglich des vermögensrechtlichen Streitpunktes von der Revisionssumme befreit.

3. a) Die Revisionssumme berechnet sich nach dem Werte des Beschwerdegegenstandes (summa gravaminis). Beschwerdegegenstand ist der Streitgegenstand, welcher durch die Revisionsanträge berührt wird. Der Beschwerdegegenstand kann nie größer sein, als der Streitgegenstand, über den das Berufungsgericht von den Anträgen des Revisionsklägers abweichend entschieden hat; er kann ebenso groß, er kann kleiner sein [vgl. Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 174 ff., Wach I S. 378. Unrichtig Schwalbach in Arch. f. c. Pr. LXIV S. 280 N. 34]. Der Beschwerdegegenstand muß nicht identisch mit dem Steitgegenstand der Berufungsinstanz sein, auch nicht mit dem Streitgegenstand, bezüglich dessen der Revisionskläger in der Berufungsinstanz unterlegen ist (z. B. A klagt gegen B auf Zahlung von 3000 ℳ. Das Berufungsgericht verurteilt den B zu 1500, Streitgegenstand waren 3000 ℳ, aber die Revisionssumme fehlt. Verurteilt das Berufungsgericht den B zu 1400, so ist für den Kläger Revision möglich, wenn er sich durch die Abweisung der ganzen 1600 beschwert glaubt; nicht aber, wenn er nur bezüglich 1500 ℳ eine Änderung beantragt). Mit der Berechnung der summa gravaminis, welche das frühere gemeine Prozeßrecht für die Appellation forderte [s. Wetzell § 54 bei N. 44 ff. und Pfeiffer prakt. Ausführ. VI 4 S. 211—636] stimmt die Berechnung der Revisionssumme annähernd, aber doch nicht ganz überein. Die summa gravaminis des früheren Rechts konnte nach der herrschenden Ansicht größer sein, als der Streitgegenstand, wenn nämlich der thatsächliche Einfluß des rechtskräftigen Urteils über die

abgeurteilte Sache hinausreichte [s. Wetzell S. 714 f.]; bei der Berechnung des Beschwerdegegenstandes der Revision kommt aber nur der Streitgegenstand in Betracht.

b) Hat der Revisionskläger in der mündlichen Verhandlung einen Antrag gestellt, nach welchem die Revisionssumme vorhanden ist, später aber den Antrag beschränkt, so daß die Revisionssumme mangelt, so ist die Revision als unzulässig zu verwerfen. So müßte auch erkannt werden, wenn vorher durch Zwischenurteil das Vorhandensein der Revisionssumme unter Zugrundelegung des früheren Antrags festgestellt wäre [v. Kries S. 314]. Doch wird die Revision nicht dadurch unzulässig, daß der Revisionsbeklagte nach Zustellung der Revisionsschrift durch teilweisen Verzicht oder teilweises Anerkenntnis oder Teilzahlung den Revisionsgegenstand unter die Revisionssumme herabdrückt [RG. 12. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 107 S. 387, vgl. a. XV S. 407]. Hat der Revisionskläger in der Verhandlung einen Antrag gestellt, nach welchem die Revisionssumme fehlt, so ist nicht etwa um der Möglichkeit einer späteren Erweiterung willen die Verhandlung fortzusetzen, sondern die Revision abzuweisen [v. Kries S. 313 f.]. Wurde mit einem primären Revisionsantrag, bei welchem die Revisionssumme vorhanden ist, ein eventueller verbunden, bei welchem die Revisionssumme fehlt, so ist nach Verwerfung des ersteren auf den Eventualantrag einzugehen, derselbe ist nicht unzulässig [RG. 9. Juli 1880 SA. XXXVII S. 269].

c) Ist in einem Prozesse über ein teilbares Rechtsverhältnis, auf welchen § 59 nicht anwendbar ist, die Revision nur seitens eines von mehreren Streitgenossen ergriffen, so ist die Revisionssumme nur aus dem Teile, welcher auf den betreffenden Streitgenossen trifft, zu berechnen [RG. 31. Jan. 1883 Entsch. X Nr. 102 S. 343]. Bei Revision gegen Teilurteile ist die Revisionssumme nur nach dem Inhalte des Teilurteils und der darauf bezüglichen Beschwerde zu berechnen. Die in dem Teilurteil nicht erledigten Ansprüche oder Teile von Ansprüchen kommen nicht in Betracht. Hieraus ergiebt sich, daß das Gericht durch Teilurteil die Revisibilität verhindern kann (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 273). Auch wenn die Revision gegen mehrere Teilurteile gleichzeitig erhoben wird, muß für jede Revision die Revisionssumme gesondert vorhanden sein [vgl. RG. 3. März 1885 Entsch. XIII Nr. 90 S. 352 und 14. Dez. 1886 XVII Nr. 11 S. 47].

4. Aus der Anwendbarkeit der §§ 3—9 folgt die entsprechende Verwendbarkeit der Bemerkungen zu den §§ 3—9 und der dort cit. Urteile. Einzelnes: a) Zur Anwendung des § 3: Das Revisionsgericht ist nicht an die Wertsfestsetzung der Untergerichte gebunden [RG. 17. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 29 S. 96]. — Der Wert des den Streitgegenstand bildenden Kaufobjekts, nicht der möglicherweise davon verschiedene Kaufpreis ist bei Berechnung der Revisionssumme zu Grunde zu legen [RG. 25. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 121 S. 419]. — Der mittels einer Einrede ohne Widerklage geltend gemachte Anspruch ist bei Berechnung der Rev.-Summe nicht zu berücksichtigen [RG. 9. Febr. 1881 Entsch. IV Nr. 96 S. 356]. — Ist auf Herausgabe eines ungültigerweise verpfändeten Hypothekenbriefes geklagt, nachdem der Streit über die Ungültigkeit der Verpfändung des Briefes ausgeschieden ist, so wird der Streitgegenstand durch den Wert des Hypothekenbriefes bestimmt; dieser ist nach dem Interesse des Hypothekengläubigers an der Vollegitimation zur Verfügung über seine Forderung zu schätzen [RG. 26. Nov. 1881 SA. XXXIX Nr. 63]. — Wegen Berechnung der Beschwerdesumme bei einer zum Zweck der Erwirkung eines Erbenzeugnisses erhobenen Präjudizialklage s. RG. Entsch. XII Nr. 38 S. 161. — Der Wert des Streitgegenstandes in dem Arrest oder einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren ist nach freiem Ermessen zu bestimmen; er muß nicht gleich dem Werte der Hauptsache sein [RG. 11. Nov. 1885 Entsch. XV Nr. 130 S. 434 und 13. Mai 1886 XVI Nr. 75 S. 333]. b) Zur Anwendung des § 4: Soweit der Wert des Streitgegenstandes bei der Berechnung der Revisionssumme

anzusetzen ist, entscheidet der Zeitpunkt der Klagerhebung, nicht der Revisionseinlegung [vgl. A. Förster N. 6b, Hellmann Lehrb. S. 717, RG. 15. Febr. 1884 Entsch. XI Nr. 100 S. 388, bay. o. LG. Bl. f. RA. LIII S. 171. AM. beiläufig RG. VII Nr. 117 S. 385, IX Nr. 119 S. 416]. Aber der erste Satz des § 4 bezieht sich nicht auf den Fall, daß nicht der Wert des Streitgegenstandes, sondern dieser selbst im Laufe des Rechtsstreits sich verändert hat (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 4); solche Veränderung ist bei der Berechnung der Revisionssumme in Betracht zu ziehen [vgl. RG. 2. Juli 1884 Entsch. XV Nr. 17 S. 75, 2. Febr. 1886 XV Nr. 113 S. 407]. Wegen des für den Umfang des Streit- und Beschwerdegegenstandes maßgebenden Zeitpunktes s. o. Bem. Nr. 3 litt. b. — Zinsen und Kosten bleiben unberücksichtigt bei Revision gegen ein Urteil, welches den Kläger zur Rückerstattung der auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils beigetriebenen Hauptsache, Zinsen und Kosten verurteilt [RG. 10. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 117 S. 411]. — Gegen ein Urteil, welches nach rechtskräftiger Erledigung der Hauptforderung nur noch über Früchte, Nutzungen, Zinsen ꝛc. entscheidet, ist Revision unzulässig, wenn auch die Nebenforderungen allein den Betrag von 1500 ℳ übersteigen. [Vgl. RG. 15. Febr. 1884 Entsch. XI Nr. 100 S. 388, bay. o. LG. SA. XLII Nr. 74. AM. RG. 28. Okt. 1883 IX Nr. 119 S. 415. Letzteres Urteil beruht auf dem Irrtum, daß eine Forderung, die in dem Prozesse als Nebenforderung geltend gemacht ist, ihre Eigenschaft als solche plötzlich verlieren könne, dadurch daß die Hauptforderung ausscheidet; vgl. dagegen A. Förster N. 6b, Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 297, Hellmann Lehrb. S. 718.] — Ist das Bestehen des ius offerendi streitig, so ist bei Berechnung der Revisionssumme nicht bloß der Kapitalbetrag der Hypothek, auf welche das Eintrittsrecht geltend gemacht wird, sondern es sind auch erwachsene Zinsen und Kosten zuzurechnen [RG. 8. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 64 S. 260]. — Wegen Einrechnung von Futterkosten bei Wandelungsklage s. Bem. Nr. 4 litt. d zu § 4. c) Zur Anwendung des § 5: Sind mehrere Ansprüche in einer Klage geltend gemacht, auch vom Berufungsgericht in einem Urteil abgeurteilt und bezieht sich die Revision auf mehrere dieser Ansprüche, so findet Zusammenrechnung der Beschwerdesummen statt, selbst wenn die Ansprüche nicht in rechtlichem Zusammenhange stehen und die Beschwerdegründe bei den einzelnen Ansprüchen verschieden sind. Dies gilt sowohl in dem Falle, daß die Revision von einer Person bezüglich mehrerer Ansprüche, wie in dem, daß sie von mehreren Streitgenossen bezüglich mehrerer Ansprüche eingelegt ist [vgl. bay. o. LG. Bl. f. RA. LI S. 172]. Erweist sich der Beschwerdegrund bei einem der mehreren Ansprüche als unbegründet, so hört deswegen die Revision nicht auf, bezüglich des andern Anspruchs zulässig zu sein. Wegen Zusammenrechnung bei einer nach § 138 angeordneten Verbindung s. Bem. Nr. 4 zu § 5 und die dort cit. Entscheidungen. — Eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der auf die Klage und der auf die Widerklage bezüglichen Beschwerde findet nicht statt. [So auch Buchelt I S. 107, Hellmann Komm. II S. 436 u. Lehrb. S. 719, Löning Ztschr f. d. CPr. IV S. 156 N. 202, Rocholl a. a. O. S. 297 und das in Entsch. VII S. 383 cit. U. d. RG. v. 21. April 1882. AM. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Endemann II S. 448, Kleiner II S. 566, v. Kries S. 315, RG. verein. CS. 29. Sept. 1882 Entsch. VII Nr. 117 S. 385; vgl. a. Entsch. VII Nr. 93 S. 314. Daß die gesonderte Berechnung zu einer Härte führt, ist kein Argument gegen die lex lata. Übrigens war die Sache auch im früheren Recht bezüglich der summa appellabilis streitig. Gegen die Zusammenrechnung: Linde Lehrb. § 403 Anm., Schmid Handb. III S. 383, Bayer S. 1038, Renaud S. 536, Planck Mehrheit ꝛc. S. 306 ff., SA. XVII Nr. 190. AM. Wetzell S. 711 ff., 848, SA. XIX Nr. 205.] Ist aber bei der auf die Klage bezüglichen Beschwerde die Rev.-Summe vorhanden, so ist auch die Revision bezüglich der Widerklage zulässig, wenn gleich die darauf bezügliche Beschwerde einen Gegenstand von weniger als 1500 ℳ

betrifft. Ebenso, wenn bei der auf die Widerklage bezüglichen Beschwerde die Rev.-Summe vorhanden ist und bei der auf die Klage bezüglichen Beschwerde nicht [vgl. RG. 20. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 93 S. 315]. — Der Gegenstand der Revisions- und der Anschlußrevisionsbeschwerde wird nicht zusammengerechnet; es kann also eine Revision, deren Beschwerdegegenstand die Revisionssumme nicht erreicht, nicht dadurch zulässig werden, daß der Gegenstand der Anschlußrevision allein oder zu dem Beschwerdegegenstand der Revision addiert die Revisionssumme ergiebt [vgl. Entsch. VII S. 315]. Die Anschlußrevision bedarf nicht der Revisionssumme; s. Bem. Nr. 2 zu § 518. d) Zur Anwendung des § 6: Ist nur ein geltend gemachtes Retentionsrecht unter den Parteien streitig, so ist die retinierte Leistung und nicht die an Wert geringere Leistung, wegen deren das Ret.-R. ausgeübt werden soll, Beschwerdegegenstand. § 6 ist nicht anwendbar [RG. 7. April 1883 Entsch. XII Nr. 36 S. 155]. e) Zur Anwendung des § 7: Ist eine Grunddienstbarkeit in der Berufungsinstanz ab- oder zuerkannt, so ist bei Berechnung der Revisionssumme der Wert der Dienstbarkeit vom Standpunkte des herrschenden wie des dienenden Grundstücks aus zu schätzen und das höhere der Schätzungsergebnisse zu Grund zu legen. [AM. RG. 29. Dez. 1885 Entsch. XVI Nr. 81 S. 342 ff., wonach die Wertsberechnung einseitig vom Standpunkt des Revisionsklägers stattfinden soll. Das Urteil geht von dem richtigen Satze aus, daß für den Beschwerdegegenstand das Interesse des Revisionsklägers maßgebend ist. Daraus folgt aber nicht, daß der Wert der Servitut trotz dem § 7 einseitig zu taxieren ist.]

5. Wegen Angabe des Wertes des Beschwerdegegenstandes in der Revisionsschrift s. § 516 Abs. 3. Der Revisionskläger hat in der mündlichen Verhandlung den Wert des Beschwerdegegenstands glaubhaft zu machen. Für die Glaubhaftmachung gelten die Regeln des § 266 mit der Modifikation, daß die eidliche Versicherung ausgeschlossen ist. Der Antrag auf Vernehmung von Sachverständigen, welche nicht sofort zur Stelle sind, ist zur Glaubhaftmachung nicht geeignet (vgl. Bem. Nr. 2 litt. c zu § 266) [RG. 7. Juni 1882 Entsch. X Nr. 95 S. 322]. Durch die Vorschrift Abs. 2 des § 508, daß der Revisionskläger den Wert des Beschwerdestandes glaubhaft zu machen hat, ist nicht ausgeschossen, daß das Revisionsgericht von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins oder die Begutachtung durch Sachverständige anordnet (§ 3); das Gericht ist hierbei nicht durch Abs. 2 des § 266 beengt, denn diese Vorschrift bezieht sich nur auf die Parteibefugnisse. — Weil das Vorhandensein der Rev.-Summe eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Revision ist und das Revisionsgericht von Amtswegen zu prüfen hat, ob diese Voraussetzungen gegeben sind (§§ 497, 529), kann der Wert des Beschwerdegegenstandes nicht durch Geständnis des Revisionsbeklagten der Prüfung des Gerichts entzogen werden [RG. 28. März 1882 SA. XXXVIII Nr. 359]; vielmehr unterliegt die beweisende Kraft solchen Geständnisses der freien richterlichen Würdigung (vgl. Bem. Nr. 8 litt. c und Abs. 2 zu § 261), es tritt bezüglich des Wertes kein fingiertes Geständnis (§§ 129, 296) ein.

§ 509.

Ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes findet die Revision statt:

1) insoweit es sich um die Unzuständigkeit des Gerichts oder die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die Unzulässigkeit der Berufung handelt;
2) in den Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind.

Mot. S. 315, 316. KPr. S. 247—262, 559, 607—622, 703—707, 743—745.

1. Zu Nr. 1: „Unzuständigkeit des Gerichts" — sowohl sachliche als örtliche, vgl. Bem. vor § 1 a. E. — „Unzulässigkeit des Rechtswegs" — s. § 247 Nr. 2 und Bem. Nr. 5 zu § 247. — Unzulässigkeit der Berufung" s. § 497. — Die Revision ist von dem Erfordernisse der Revisionssumme befreit, sowohl wenn das Untergericht die Zuständigkeit, die Zulässigkeit des Rechtswegs oder der Berufung bejaht hat und der Revisionskläger die Zuständigkeit, die Zulässigkeit des Rechtswegs oder der Berufung bestreitet, wie auch dann, wenn das Untergericht die Zuständigkeit bzw. die Zulässigkeit des Rechtswegs oder der Berufung verneint hat und der Revisionskläger die Zuständigkeit, die Zulässigkeit des Rechtswegs oder der Berufung behauptet [RG. 26. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 122 S. 422]. Es macht keinen Unterschied, ob das Berufungsgericht das erstinstanzielle Urteil bestätigt oder abgeändert hat [RG. a. a. O. S. 423]. Wird die Revisionsbeschwerde, welche sich auf die angeführten Punkte bezieht, vom Revisionsgericht für unbegründet erachtet, so ist auf andere Beschwerde nur einzugehen, wenn der Beschwerdegegenstand den Betrag von 1500 ℳ übersteigt [RG. 26. November 1880 Entsch. III S. 423, 9. Dez. 1881 VI Nr. 94 S. 336]. Wird die Revisionsbeschwerde, die sich auf die angeführten Punkte bezieht, als begründet erachtet, so muß das Berufungsgericht das Urteil aufheben und die Sache zurückverweisen oder im Falle des § 528 Abs. 3 Nr. 2 in der Sache selbst entscheiden. Auf den Fall, daß der Einspruch gegen ein Urteil des Berufungsgerichts als unzulässig verworfen wurde, bezieht sich § 509 nicht [RG. 15. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 1121]. — Der Berufungskläger, dessen Berufung als unbegründet verworfen wurde, kann nicht aus dem Grunde, daß seine Berufung als unzulässig zu verwerfen gewesen wäre, Revision ergreifen [RG. 29. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 118 S. 415].

2. Zu Nr. 2: Vgl. GVG. § 70, ferner HGB. Art. 190a, 222 (in der Fass. d. RG. v. 18. Juli 1884). [Dazu RG. in SA. XLII Nr. 311.] Ob ein derartiger Rechtsstreit vorliegt, hat das Revisionsgericht selbständig zu prüfen, auch wenn das Amtsgericht sich rechtskräftig für unzuständig erklärt und dadurch gemäß § 11 das Landgericht gebunden hat, seine Zuständigkeit anzunehmen [RG. 15. Nov. 1886 Entsch. XVII Nr. 96 S. 381].

§ 510.

Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurteile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

Mot. S. 314. KPr. S. 262, 559.

Vgl. § 473. Die Bemerkungen zu § 473 finden hieher entsprechende Anwendung. Entscheidungen des Gerichts erster Instanz unterliegen der Kognition des Revisionsgerichts nur, wenn das Berufungsgericht dieselben sich angeeignet hat.

§ 511.

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstreckt, beruhe.

Mot. S. 316–322. KPr. S. 247–263, 559.

1. Die Revision kann nur auf eine **Gesetzesverletzung** gestützt werden.

Die Motive bemerken: „Die Thätigkeit des Revisionsgerichts soll grundsätzlich auf erneute rechtliche Würdigung der Sache beschränkt sein, in dieser Beschränkung aber die ganze Sache frei umfassen. Sie kann danach zu einer Änderung des angefochtenen Urteils

nur führen, wenn der Richter zweiter Instanz sich der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm oder der Nichtanwendung einer zutreffenden Rechtsnorm — in der Sprache der PrO. einer Verletzung des Gesetzes — schuldig gemacht hat. Durch Aufstellung dieser Voraussetzung ist nichts weiter, als die rein thatsächliche Würdigung des Vorbringens der Parteien und der erbrachten Beweise von der Thätigkeit des Revisionsrichters ausgeschlossen. Diese Würdigung ist dem Richter zweiter Instanz ausschließlich überlassen, demgemäß das von diesem festgestellte Resultat der Würdigung für die Revisionsinstanz maßgebend. Insoweit jedoch dieses Resultat durch die unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm oder durch die Nichtanwendung einer zutreffenden Rechtsnorm gewonnen ist, unterliegt es der Anfechtung durch die Revision — und die darauf gegründete Entscheidung der Aufhebung durch das Revisionsgericht."

2. Die Revision kann nur auf eine **für die Entscheidung kausale Gesetzesverletzung** gestützt werden.

Die Mot. bemerken: „Der Erfolg des Rechtsmittels bleibt davon abhängig, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, d. h. daß ohne die begangene Gesetzesverletzung die Entscheidung nicht so hätte ergehen können, wie sie ergangen ist. Nicht eine aus den Entscheidungsgründen sich ergebende, sondern nur eine durch die Entscheidung begangene Verletzung des Gesetzes kann den Erfolg der Revision begründen. Die Nichtanwendung einer zutreffenden Rechtsnorm ist im allerweitesten Sinne eine Gesetzesverletzung. Es ist nicht erforderlich, daß die Norm in den Entscheidungsgründen als nichtzutreffend bezeichnet ist; sie ist verletzt, wenn sie auf das festgestellte Sachverhältnis hätte angewandt werden müssen. Die Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm auf das festgestellte Sachverhältnis sind andererseits zur Begründung der Revision nicht geeignet, wenn andere thatsächliche oder rechtliche Gründe aus dem festgestellten Sachverhältnisse zu derselben Entscheidung geführt haben würden. Ebenso ist die Verletzung einer Rechtsnorm bei Feststellung des Sachverhältnisses für die Begründung der Revision unerheblich, wenn das zu berichtigende Sachverhältnis bei Anwendung der zutreffenden Rechtsnorm zu einer anderen als der erlassenen Entscheidung nicht geführt haben würde. Hiernach kann nur eine Würdigung der ganzen Sache, wie wie sie von den Parteien vorgetragen ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen (§ 526)."

Die Revision kann nicht bloß auf eine in der zweiten, sondern auch auf eine in der ersten Instanz vorgekommene Gesetzesverletzung gestützt werden, wenn die Verletzung für das Urteil der zweiten Instanz kausal ist. Daher kann z. B. die Revision nicht darauf gestützt werden, daß in erster Instanz wider § 280 der CPrO. verstoßen wurde, wenn das Berufungsgericht, wie es dies nach § 501 konnte, über die Sache aufs neue verhandelt und entschieden hat [vgl. RG. 9. März 1882 Entsch. VI Nr. 54 S. 194].

3. Die Revision kann nur gestützt werden auf Verletzung I) eines **Reichsgesetzes**, II) eines **Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt.**

Ad. I: Reichsgesetz ist die von Reichswegen erlassene Rechtsnorm (Gesetz oder Kaiserliche Verordnung auf Grund Reichsgesetzes), einerlei, ob sie für das ganze Reichsgebiet oder für einzelne Teile des Reichs gilt. Natürlich gehören auch die Gesetze des ehemaligen nordd. Bundes dazu, selbst wenn sie in einzelnen Staaten nicht eingeführt sind. — Die von Reichswegen für Elsaß-Lothringen erlassenen, nicht innerhalb der allgemeinen Reichszuständigkeit begriffenen Gesetze sind keine Reichsgesetze im Sinne des § 511. Die Gesetze, welche für Elsaß-Lothringen als Landesgesetze erlassen sind, sind nicht im Reichsgesetzblatt, sondern nur im Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen publiziert (KPr. S. 263). — Ein Reichsgesetz ist verletzt, wenn die Annahme des Berufungsgericht über den Inhalt der einschlägigen Landesgesetze oder über die Einhaltung der reichsgesetzlich der Landesgesetzgebung gezogenen Schranken auf einer unrichtigen Auffassung von Reichsgesetzen beruht. [RG. 6. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 25 S. 94.]

Ad. II: Litteratur: Eccius die Revisionsinstanz und das Landesrecht Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 20 ff., Reuling revisible und nicht revisible Rechtsnormen (1880), Fels Revision und Sonderrecht (1884).

Zu § 511 ist auf Grund des EG. § 6 folgende **Kaiserliche Verordnung** ergangen:

Verordnung, betreffend die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Vom 28. Sept. 1879 (RGBl. S. 299). Genehmigung des Reichstags s. Bekanntm. v. 11. April 1880 (RGBl. S. 102).

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen auf Grund des § 6 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats, was folgt:

§ 1.

Die Revision kann vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen dieser Verordnung auf die Verletzung anderer Gesetze als derjenigen des gemeinen oder französischen Rechts nur gestützt werden, wenn dieselben über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus für den ganzen Umfang mindestens zweier deutschen Bundesstaaten oder zweier Provinzen Preußens oder einer preußischen Provinz und eines anderen Bundesstaats Geltung erlangt haben.

§ 2.

Verletzung der Gesetze des gemeinen Rechts und der Gesetze des französischen Rechts, soweit letztere in anderen deutschen Ländern außer Elsaß-Lothringen Geltung erlangt haben, begründet die Revision, auch wenn der Geltungsbereich der einzelnen Bestimmung sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt.

§ 3.*)

[Die Revision kann nicht gestützt werden auf die Verletzung von Gesetzen des Lehnrechts.]

§ 4.

Die Revision kann nicht gestützt werden auf die Verletzung der französischen Gesetze über das Enregistrement, den Stempel, die Hypotheken-, Transskriptions- und Gerichtsschreibereigebühren, sowie ähnliche Gefälle, welche durch die Enregistrementsverwaltung zu erheben sind.

§ 5.

Die Revision kann auf die Verletzung derjenigen in der Mark Brandenburg geltenden Gesetze, welche durch das Publikationspatent vom 5. Februar 1794 als Vorschriften der bisherigen subsidiarischen Rechte aufrecht erhalten sind, nicht gestützt werden.

§ 6.

Soweit über die Revision vom Königlich bayerischen obersten Landesgerichte zu entscheiden ist, findet die Bestimmung des § 1 nicht Anwendung. Auf die Verletzung von Gesetzen

1. des Koburger Landrechts,
2. des Rechts des Bistums Fulda,
3. des Gräflich Erbachschen Landrechts,
4. des Rechts der Grafschaft Solms,
5. des Rechts des Fürstentums Löwenstein

kann die Revision nicht gestützt werden.

§ 7.

Die Revision wird begründet durch Verletzung des badischen Landrechts, einschließlich der Zusatzartikel, der beiden Einführungsedikte vom 3. Februar und 22. Dezember 1809 und der unter XVIII des ersteren Einführungsedikts neben dem Landrecht aufrecht erhaltenen Vorschriften des bürgerlichen Rechts,

sowie durch Verletzung derjenigen gesetzlichen Vorschriften, welche bestimmte Vorschriften der vorgedachten Gesetze ausdrücklich erläutern, ausdehnen, beschränken, aufheben oder ersetzen,

endlich, soweit nicht schon die vorstehenden Bestimmungen Anwendung finden, durch Verletzung folgender Großherzoglich badischer Gesetze:

1. des Gesetzes vom 6. März 1845, betreffend die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen,
2. der Artikel 2, 3, 5 bis 8 des Gesetzes vom 6. August 1862, betreffend die Einführnng des Deutschen Handelsgesetzbuchs,
3. des Gesetzes vom 9. Dezember 1875 zum Vollzug des Reichs-Personenstandsgesetzes,
4. der Artikel 3, 4, 6—11, 84, 92 des Gesetzes vom 25. August 1876, betreffend die Benutzung und Instandhaltung der Gewässer,
5. des Gesetzes vom 6. Februar 1879, betreffend die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Notariats.

Die vorstehenden Bestimmungen finden nicht Anwendung, soweit die bezeichneten Gesetze am 1. Oktober 1879 außer Kraft getreten sind.

---

*) Gilt nicht mehr, da der Reichstag am 10. April 1880 die Genehmigung versagte.

§ 8.

Die Revision wird begründet durch Verletzung der folgenden Großherzoglich hessischen Gesetze:

1. der Verordnung vom 28. August 1827, die vormundschaftlichen Verhältnisse in der Provinz Rheinhessen betreffend,
2. der Artikel 9 bis 11 des Gesetzes vom 17. September 1841, betreffend Einführung des Strafgesetzbuchs und des § 9 des Gesetzes vom 30. Dezember 1870, betreffend Einführung des Reichs-Strafgesetzbuchs.
3. des Gesetzes vom 6. Juni 1849, betreffend die Vereinfachung des Verfahrens bei der Eröffnung von Erbschaften, Teilungen, Versteigerungen, Rangordnungs- und Distributionssachen in Rheinhessen.

§ 9.

Die Revision wird begründet durch Verletzung der folgenden Großherzoglich oldenburgischen Gesetze:

1. des revidierten Staatsgrundgesetzes vom 22. November 1852,
2. des revidierten Civilstaatsdienergesetzes vom 28. März 1867,
3. des für das Herzogtum Oldenburg erlassenen Gesetzes vom 3. April 1876, betreffend Eigentumserwerb an Grundstücken und deren dingliche Belastung, sowie der für dasselbe Gebiet erlassenen Grundbuchordnung von demselben Tage.

§ 10.

Die Revision wird begründet durch Verletzung des Herzoglich braunschweigischen Gesetzes vom 8. März 1878, betreffend den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten und der Grundbuchordnung von demselben Tage.

§ 11.

Die Revision wird begründet durch Verletzung der §§ 30, 41 und 54 des hamburgischen Einführungsgesetzes zum Deutschen Handelsgesetzbuche vom 22. Dezember 1865.

§ 12.

Die Revision wird begründet durch Verletzung der nachfolgenden in Elsaß-Lothringen geltenden Gesetze:

1. des Gesetzes vom 14. Juli 1819 über Aufhebung des droit d'aubaine (bulletin des lois VII. série No. 6986),
2. des Gesetzes vom 29. April 1845 über die Bewässerungen (bulletin des lois IX. série No. 11951),
3. des Gesetzes vom 11. Juni 1847 über die Bewässerungen (bulletin des lois IX. série No. 13645),
4. des Gesetzes vom 10. Juni 1854 sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage (bulletin des lois XI. série No. 1555),
5. des Gesetzes vom 23. März 1855 über die Transskription (bulletin des lois XI. série No. 2474),
6. des Berggesetzes vom 16. Dezember 1873 (Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen S. 397).

§ 13.

Gesetz im Sinne dieser Verordnung ist jede Rechtsnorm.

Diese Verordnung wird ergänzt durch **Reichsgesetz** v. 15. März 1881 betr. die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (RGBl. S. 38):

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 1.

Den Landesgesetzen, deren Verletzung zufolge der §§ 7—12 der Verordnung vom 28. September 1879 (RGBl. S. 299) die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten begründet, treten hinzu:

1. Das Königlich württembergische Berggesetz vom 7. Oktober 1874 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg S. 265);
2. das Großherzoglich hessische Berggesetz vom 28. Januar 1876 (Regierungsblatt S. 73);
3. das Herzoglich braunschweigische Berggesetz vom 15. April 1876 (Gesetz- und Verordnungs-Samml. S. 109);
4. das Herzoglich sachsen-meiningensche Berggesetz vom 17. April 1868 (Sammlung der landesherrlichen Verordnungen S. 49);
5. das Herzoglich sachsen-altenburgische Berggesetz vom 18. April 1872 (Gesetz-Samml. S. 29);
6. das Herzoglich sachsen-koburg-gothaische Berggesetz für das Herzogtum Gotha vom 16. August 1868 (Gesetz-Samml. für das Herzogtum Gotha S. 975);
7. das Herzoglich anhaltische Berggesetz vom 30. April 1875 (Gesetz-Samml. Bd. 7 S. 167);
8. das Fürstlich waldeckische Gesetz, die Einführung des preußischen allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 betreffend, vom 1. Januar 1869 (Regierungsblätter S. 3);
9. das für das Fürstentum Reuß jüngerer Linie erlassene Berggesetz vom 9. Oktober 1870 (Gesetz-Samml. Bd. XVI S. 199);

ferner:

10. die Großherzoglich oldenburgischen Gesetze für das Fürstentum Lübeck, betreffend den Eigentumserwerb an Grundstücken und deren dingliche Belastung, vom 28. Januar 1879, und betreffend die Grundbuchordnung, von demselben Tage (Gesetzbl. für das Fürstentum Lübeck Bd. 17 S. 87, 107);

11. die Herzoglich sachsen-koburg-gothaischen Gesetze, betreffend den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten, vom 1. März 1877, und betreffend die Grundbuchordnung von demselben Tage (Gesetzbl. für das Herzogtum Gotha S. 9, 23; Gesetzbl. für das Herzogtum Koburg S. 15, 35);

endlich:

12. Die §§ 29, 30, 33, 40 und 46 des bremischen Einführungsgesetzes zum Deutschen Handelsgesetzbuch vom 6. Juni 1864 (Gesetzbl. S. 43) und der § 21 des bremischen Gesetzes, betreffend die Abänderung des vorgedachten Einführungsgesetzes vom 4. Juni 1879 (Gesetzbl. S. 183).

§ 2.

Die vorstehende Bestimmung findet in den zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes anhängigen Sachen keine Anwendung.

und **Reichsgesetz** v. 24. Juni 1886, betr. die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (RGBl. S. 207):

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Den Landesgesetzen, deren Verletzung ungeachtet ihres beschränkten Geltungsbereichs zufolge der Verordnung vom 28. September 1879 (RGBl. S. 299) und des Gesetzes vom 15. März 1881 (RGBl. S. 38) die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten begründet, treten hinzu:

1. die Königlich preußische Verordnung, betreffend die Erhebung der Stempelsteuer in den Herzogtümern Schleswig und Holstein, vom 7. August 1867 (Gesetz-Samml. S. 1277);
2. Art. 2 des Königlich preußischen Gesetzes, betreffend das Sportel-, Stempel- und Taxwesen in den hohenzollernschen Landen, vom 22. Juni 1875 (Gesetz-Samml. S. 235).

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Hiernach ergeben sich folgende Regeln:

a) Die Revision kann nicht auf Verletzung des ausländischen, d. i. in keinem deutschen Bundesstaate geltenden Gesetzes gestützt werden. Mot. S. 322. Vgl. RG. 22. April 1882 Entsch. X Nr. 32 S. 115, 26. Sept. 1883 X Nr. 46 S. 172. Unrichtig Wernz Ztschr. f. R. und LR. III S. 379.]

b) Die Revision kann nicht gestützt werden auf Verletzung eines inländischen Gesetzes, welches in dem Bezirke des Berufungsgerichts keine Geltung hat. [Mot. S. 322. Vgl. RG. 22. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 23 S. 89, 17. April 1882 VI Nr. 127 S. 413, 12. März 1883 VIII Nr. 21 S. 88]. Auch Rechtsnormen des gemeinen und des franz. Rechts sind trotz dem § 2 der Kais. Verordn. nur dann revisibel, wenn dieselben in dem Bezirke des Berufungsgerichts gelten. [Denkschr. z. Kais. Verordn. v. 28. Sept. 1879, DRT. III. Sess. 1880 Nr. 34 S. 10, Bericht der VII. Komm. d. DRT., III. Sess. 1880 Nr. 72 S. 2; RG. 30. Nov. 1880 bei Fenner und Mecke III Nr. 79, 17. April 1882 Entsch. VI Nr. 127 S. 413, 12. März 1883 VIII Nr. 21 S. 88. AM. Fels a. a. O. S. 72 und Hellmann Lehrb. S. 725, welche annehmen, daß die Revisibilität der Rechtsnormen des gem. und des franz. Rechts unabhängig sei von deren Geltung im Bezirke des Berufungsgerichts. Dagegen entscheidet die in den cit. Schriftstücken des RT. enthaltene Konstatierung über die bei den Gesetzgebungsfaktoren obwaltende Absicht, an dem Erfordernis der Geltung im Bezirke des OLG. festzuhalten.] Nicht anders steht es mit den in §§ 7—12 der Kais. Verordn. und in §§ 1, 2 des RG. v. 15. März 1881 für revisibel erklärten Gesetzen; auch diese sind nur dann revisibel, wenn sie im Bezirke des Berufungsgerichts Geltung haben. — Bestritten ist, ob die Revision gestützt werden kann auf Verletzung eines aufgehobenen inländischen Landesgesetzes, welches früher in dem Bezirke des Oberlandesgerichts Geltung gehabt hat. [Für Zulässigkeit der Revision Denkschr. z. Kais. Verordn. ꝛc. S. 11, Struckm. Koch N. 6, Wilh. Levy N. 5, Gaupp II S. 551, Eccius a. a. O. S. 11, 12, 29, 36 f., v. Wilmowski Jur. Wochenschr. 1882 Nr. 20 und 21, Fels a. a. O. S. 30, Hellmann Lehrb. S. 728 ff.; vgl. a. RG. 1. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 112 S. 365 (Revision wegen Verletzung von prozeßrechtl. Vorschriften, welche zwar durch EG. z. CPrO. aufgehoben,

aber gemäß § 18 dieses Ges. für ältere Prozesse noch anwendbar sind, wird in solchen Prozessen zugelassen), RG. 20. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 28 S. 116 f. (Revision wegen Verletzung aufgehobener konkursrechtlicher Vorschriften wird in einem vor dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkurse zugelassen), bay. o. LG. SA. XLI Nr. 249; vgl. a. RG. 11. Sept. 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1171. Dagegen RG. 22. Nov. 1881 Entsch. V Nr. 120 S. 418 ff. Zweifelnd der Komm.-Ber. S. 10.] Folgende Gründe dürften für Zulässigkeit der Revision entscheiden. Nach dem Gesetzestexte ist die Revisibilität einer Rechtsnorm abhängig davon, daß diese Norm ihren „Geltungsbereich" in dem Gebiete des Berufungsgerichts hat. „Geltungsbereich" bezeichnet sprachlich den örtlichen Umfang der Anwendbarkeit, die territoriale Herrschaft einer Rechtsnorm. Auf den zeitlichen Umfang paßt der Ausdruck „Bereich" nicht. Der Ausdruck „ein Gesetz gilt" heißt soviel wie „das Gesetz ist anwendbar"; auch aufgehobene Gesetze sind auf die unter ihrer Herrschaft entstandenen Rechtsverhältnisse anwendbar, „gelten" daher für diese noch fort. Sie sind revisibel, wenn sie vermöge ihrer territorialen Zugehörigkeit zum Bezirke des Oberlandesgerichts anwendbar sind — daher kann z. B. die Revision gegen ein U. d. OLG. Hamm gestützt werden auf Verletzung des code civil, wenn dieser vermöge seiner früheren Geltung in Westphalen auf ein damals entstandenes Rechtsverhältnis anwendbar ist — nicht aber, wenn der code civil nicht als territoriales Recht des Bezirks in Betracht kommt; es kann also die Revision gegen ein U. des OLG. Hamm nicht auf Verletzung des code civil gestützt werden, wenn das OLG. das franz. Recht auf ein im Bezirke des OLG. Köln entstandenes und deswegen nach dem dort noch geltenden franz. Recht zu beurteilendes Rechtsverhältnis angewendet hat. [AM. bezüglich des letzten Punktes Fels a. a. O. S. 42. Aber wenn aufgehobene Gesetze revisibel sind, weil sie territorial dem Bezirke des Berufungsgerichts angehören, so muß wohl auch für die Revisibilität in Betracht kommen, ob sie vermöge dieser ihrer territorialen Herrschaft anwendbar sind.]

c) Die Revision kann nicht gestützt werden auf Verletzung eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich zwar über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus, aber nicht auf den ganzen Umfang mindestens zweier deutscher Bundesstaaten oder zweier Provinzen Preußens oder einer preußischen Provinz und eines anderen Bundesstaats erstreckt (Kais. Verordn. § 1). Hierzu bemerkt die oben citierte dem Reichstag vorgelegte Denkschrift (S. 9 f.):

> „Für das Gebiet des ALR. fallen kraft einer solchen Bestimmung die von den Einf.-Patenten aufrecht erhaltenen Provinzialrechte Statuten, Gewohnheiten und Observanzen außerhalb der Judikatur des Reichsgerichts. Dasselbe gilt von den Stadtrechten, z. B. dem lübischen, magdeburgischen, brandenburg-stendaler, koburger Recht, von den aus der vorpreußischen Zeit datierenden partikularen Gesetzen der gemeinrechtlichen preußischen Landesteile und im wesentlichen überhaupt von den Rechtsnormen, welche in den einzelnen Teilen eines Landes aus der Zeit ihrer Zugehörigkeit zu einem anderen Staate Geltung behalten haben. Insbesondere werden neben den Gesetzen kleinerer Bezirke, die trotzdem in verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken Geltung haben, die partikularen Rechtsnormen größerer Rechtsgebiete, wie das mainzer, das solmser, das erbacher und das pfälzer LR. die hennebergischen und katzenellenbogener Landesordnungen, die Gesetze der ehemaligen Bistümer Fulda, Münster und Osnabrück getroffen.
>
> Bezüglich des sog. „gemeinen Sachsenrechts" kann die Frage aufgeworfen werden, ob dasselbe nicht als ein Teil des gemeinen Rechts der Revision unterstellt ist. Wenn das zu verneinen, wird die Geltung dieses Rechts im ganzen Gebiete mehrerer zu verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken gehöriger thüringischer Staaten, in Teilen von Anhalt und in verschiedenen preußischen Provinzteilen nach der Fassung der Verordnung dahin führen, daß eine Verletzung dieser Gesetze geeignet ist, die Revision zu begründen."

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen sei, daß ein Gesetz auch in einem anderen Bezirke Geltung habe, ist nach folgenden Gesichtspunkten zu entscheiden. Zur An-

nahme der Identität ist nicht nötig, daß die ganze Gruppe von Rechtsnormen — Gesetz in diesem Sinne — zu welcher die konkrete Rechtsnorm gehört, in dem anderen Bezirke gilt; es genügt zur Revisibilität, wenn nur die konkrete Rechtsnorm, um deren Verletzung es sich handelt, den weiteren Geltungsbereich hat. [Vgl. § 2 der Kais. Verordn., Eccius a. a. O. S. 25.] Identität ist vorhanden, wenn die Herübernahme des in einem anderen Staate oder Rechtsgebiete bereits geltenden Gesetzes (oder Rechtssatzes) im formellen Anschlusse an das anderswo bestehende Gesetz erfolgt ist. In dem Gesetze, welches das anderswo geltende Recht einführte, muß also das anderswo geltende Recht als solches genannt und übernommen sein (z. B. das preuß. Gesetz v. . . . . . wird hiermit für das Gebiet des Großherzogtums O. eingeführt). Die bloß materielle Übereinstimmung der Vorschriften zweier Gesetze macht diese noch nicht zu identischen im Sinne des § 511. [Vgl. Denkschr. z. Kais. Verordn. S. 15 ff., Eccius a. a. O. S. 26 ff., RG. 20. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 97 S. 361, 27. Febr. 1883 SA. XXXVIII Nr. 282, Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 304. AM. Fels a. a. O. S. 24 ff., Hellmann Lehrb. S. 726.] Dieser Standpunkt ist einigermaßen formalistisch, denn gewiß unterbleibt manchmal nur aus Etiquetterücksichten die formelle Konstatierung des Anschlusses; aber er darf nicht verlassen werden, wenn man nicht jeden Halt verlieren will. Begnügt man sich mit inhaltlicher Konformität, so ist nicht abzusehen, warum bei formeller Übereinstimmung der Gesetzestexte halt zu machen und nicht auch dann Identität anzunehmen wäre, wenn bei verschiedenartiger Formulierung Übereinstimmung der Rechtssätze vorhanden ist. Dann würde es aber kaum ein nicht revisibles Recht geben, denn inhaltlich hängt wohl jedes Partikularrecht entweder mit gemeinem Recht oder mit einem anderen Partikularrecht zusammen. Die cit. Kais. Verordn. erklärt in §§ 9 und 10 die oldenburgischen und braunschweigischen Immobiliargesetze für revisibel, welche mit den betr. preuß. Gesetzen sachlich ganz übereinstimmen; ebenso in § 12 Nr. 3 das mit dem preuß. Berggesetz sachlich übereinstimmende Berggesetz für Elsaß-Lothr. Daraus geht hervor, daß sie auf dem hier vertretenen Standpunkt steht, sonst wären diese Bestimmungen überflüssig. Folgegemäß sind auch partikularrechtlich kodifizierte Rechtssätze, welche aus dem gem. Recht entstammen, nicht wegen ihrer Konformität mit dem gemeinen Recht revisibel [vgl. die cit. Denkschr. S. 15, Eccius a. a. O. S. 25 ff., Rocholl a. a. O. S. 304. AM. RG. 23. Juni 1881 Entsch. V Nr. 115 S. 405 in Bezug auf partikularrechtl. kodifizierte Sätze des gem. prot. Kirchenrechts]. Ebensowenig sind zwei partikularrechtlich kodifizierte Rechtsnormen, welche beide dem gem. Rechte entstammen, deswegen identisch.

Die Regel ad litt. c erleidet Ausnahmen:

α) Auf Verletzung der Gesetze des gem. Rechts und der Gesetze des franz. Rechts, soweit letztere in anderen deutschen Ländern als in Elsaß-Lothringen Geltung erlangt haben, kann die Revision gestützt werden, auch wenn der Geltungsbereich der einzelnen Bestimmung sich nicht über den Bezirk des Berufungsgericht hinaus erstreckt (Kais. Verordn. § 2). Das Reichsgericht ist dadurch der Aufgabe überhoben, bezüglich der einzelnen Rechtsnorm zu untersuchen, ob sie noch in anderen Oberlandesgerichten Geltung habe als im Bezirke des Berufungsgerichts. Das gem. Recht ist von der partikulären Gesetzgebung durchbrochen; bei einzelnen Bestimmungen derselben könnte daher zweifelhaft sein, ob sie noch anderswo in Geltung stehen. Auch in den Landesteilen des franz. Rechts sind vielfach einzelne früher gemeinsame Bestimmungen der franz. Gesetze beseitigt und könnten somit Zweifel in der angedeuteten Richtung begründet sein Denkschr. S. 10 f.). Diese Zweifel sind durch § 2 abgeschnitten. — Der Begriff „gemeines Recht" umfaßt die in Deutschland rezipierten Rechtsnormen römisch-italienischen Ursprungs samt ihren durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht eingetretenen Modifikationen,

ferner die deutschen Reichsgesetze alten Stils, nicht minder auch die gemeinrechtlichen Normen germanischen Ursprungs (des sog. deutschen Privatrechts). [Vgl. RG. 10. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 57 S. 205, 5. April 1882 bei Fenner und Mecke III Nr. 189; ferner Fels a. a. O. S. 44, wo die versch. Ansichten darüber, inwieweit ein gem. deutsches Privatrecht existiere, zusammengestellt sind.] — Von der Revisibilität des franz. Rechts sind wieder die in § 4 der Kais. Verordn. bezeichneten Gesetze ausgenommen.

β) Auf Verletzung der in § 5 der Kais. Verordn. bezeichneten Gesetze kann die Revision nicht begründet werden. Hierzu bemerkt die cit. Denkschrift S. 11 ff.:

„Die unter VII des Publ.-Patents v. 5. Febr. 1794 angeordnete Suspension der drei ersten Titel des zweiten Teils des preuß. ALR. dauert noch gegenwärtig fort in der Mark Brandenburg. Dieselbe bezieht sich jedoch nicht auf sämtliche Vorschriften der bezeichneten Titel des ALR., sondern nur auf solche, welche das gerade Gegenteil eines klaren und unstreitig recipiert gewesenen römischen oder anderen fremden Gesetzes enthalten; andere Bestimmungen des ALR. sollten sogleich vom 1. Juni 1794 ab in die volle gesetzliche Kraft eintreten. Das hier noch in der Provinz Brandenburg subsidiär anzuwendende gem. Recht würde nach der Regel der §§ 1, 2 die Revision begründen und dies würde sich rechtfertigen, wenn es sich dabei in der That um das geltende gem. Recht, wie es von der gemeinrechtlichen Wissenschaft erkannt wird, handelte. Jene Bestimmungen des Publ.-Patents sind aber in der Rechtsprechung nach ihrem Wortlaut dauernd dahin aufgefaßt worden, daß dabei auf den Standpunkt des gem. Rechts in der Mark z. Z. des Jahres 1794 zurückzugehen ist. Die durch das Publ.-Patent an Stelle des ALR. aufrecht erhaltenen subsidiarischen Gesetze haben hiernach den Charakter eines Sonderrechts für einen bestimmten Bezirk angenommen, welchem die einheitliche Entwickelung und die einheitliche Pflege des gem. Rechts durch das Reichsgericht Abbruch thun würde. . . . . Aus diesen Gründen ist in § 5 gegenüber der Handhabung des in Rede stehenden Rechts durch das OLG. die Revision versagt."

γ) Auf Verletzung der in den §§ 7—12 der Kais. Verordn. und in den §§ 1, 2 des RG. v. 15. März 1881 bezeichneten Gesetze kann die Revision gestützt werden, auch wenn deren Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des OLG. hinauserstreckt.

δ) Besonderes gilt für das Königreich Bayern. Nach § 6 der Kais. Verordn. findet, soweit nach EG. z. CPr. § 7 über die Revision vom Kgl. bayer. obersten Landesgerichte zu entscheiden ist, die die Revision beschränkende Bestimmung des § 1 dieser Verordnung keine Anwendung. Es hat also insoweit bei der Vorschrift des § 511 der CPrO. sein Bewenden, wonach die Revision gestützt werden kann auf Verletzung eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des OLG. hinauserstreckt, mag auch diese Hinauserstreckung sich nicht auf so große Territorien, wie sie in § 1 der Kais. Verordn. bezeichnet sind, beziehen. Wieder sind aber die in § 6 der Kais. Verordn. Nr. 1—5 bezeichneten Rechte der Revision allgemein entrückt, auch wenn über die Revision vom Kgl. bayer. obersten Landesgerichte zu entscheiden wäre.

Aus den vorgetragenen Regeln ergiebt sich ein System der Revisibilität der Gesetze, dessen Kompliziertheit für die Praxis sehr bedenklich erscheint, mit dem aber wohl oder übel zur Zeit gerechnet werden muß.

Entscheidungen: Die Revision kann darauf gestützt werden, daß bei Annahme des Bestehens eines lokalen Gewohnheitsrechts gegen die gemeinrechtlichen Grundsätze über Entstehung des Gewohnheitsrechts verstoßen worden sei. RG. 6. Nov. 1880 Entsch. II Nr. 49 S. 183 f. — Ein Urteil, welches bei Beurteilung partikularrechtlich geordneter ehelicher Güterverhältnisse nicht bloß Partikularrecht, sondern auch allgemeine, dem röm. oder dem gem. deutschen Recht entnommene Rechtsnormen anwendet, unterliegt seinem ganzen Inhalt nach der

Prüfung des Revisionsgerichts. RG. 10. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 57 S. 205. — Die Revision kann darauf gestützt werden, daß das Berufungsgericht bei Auslegung und Anwendung partikularen Rechts gegen gemeinrechtliche Grundsätze verstoßen habe. RG. 29. März 1881 Entsch. V Nr. 99 S. 372. — Ein Rechtssatz, welchen der Berufungsrichter aus einer partikularrechtlichen Norm mit Zuhülfenahme allgemeiner Rechtsprinzipien abgeleitet hat, ist revisibel. RG. 7. März 1882 Entsch. VI Nr. 123 S. 395. — Die Beweislastregeln sind von der PrO. als nicht prozeßrechtliche Normen behandelt, daher nicht als Reichsrecht absolut revisibel. RG. 17. April 1882 Entsch. VI Nr. 127 S. 413.

4. Der § 511 wird ergänzt durch die Vorschrift des § 525. Über dessen Bedeutung vgl. die Bemerkungen dazu. Dort ist auch erörtert, unter welchen Voraussetzungen die Revision darauf gestützt werden kann, daß revisibles Recht statt nicht revisiblen Rechts und umgekehrt nicht revisibles Recht statt revisiblen angewendet ist.

5. Revision wegen unrichtiger Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft. Vgl. Mot. z. Entw. II S. 415 ff., Erythropel Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 292, Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 107 f., Stahl Arch. f. c. Pr. LXVII S. 144 ff., Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 308 ff., RG. 22. Jan. 1880 Entsch. III Nr. 13 S. 23, 23. April 1880 I Nr. 123 S. 340—343, 15. Mai 1880 II Nr. 103 S. 381, 23. Juni 1880 II Nr. 32 S. 125 ff., 5. Jan. 1881 III Nr. 33 S. 110, 12. Jan. 1881 III Nr. 125 S. 426 ff., 11. März 1881 IV Nr. 20 S. 73, 2. Juli 1881 V Nr. 38 S. 149, 12. Jan. 1882 VI Nr. 66 S. 237, 17. Apr. 1882 VI Nr. 127 S. 413, 23. Jan. 1883 VIII Nr. 35 S. 141 ff., 24. Jan. 1883 XI Nr. 65 S. 286 ff., 20. März 1883 VIII Nr. 49 S. 190, 27. Apr. 1883 IX Nr. 44 S. 179, 6. Juli 1883 IX Nr. 61 S. 231 f., 11. Jan. 1884 X Nr. 29 S. 107, 2. Febr. 1884 XII Nr. 4 S. 19, 8. März 1884 XII Nr. 5 S. 27, 7. Juni 1884 XII Nr. 9 S. 39, 4. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1144, 11. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 23 S. 121, 15. Mai 1886 XVI Nr. 38 S. 171.

Im Entw. II § 479 war gesagt, die Revision könne auch darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der unrichtigen Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft beruhe. Die Mot. zu Entw. II bemerken dazu, daß die Revision auch dann zugelassen sei, „wenn diese Auslegung nicht auf einer Verletzung von Rechtsnormen — von gesetzlichen Interpretationsregeln — sondern auf einer unrichtigen thatsächlichen Würdigung beruht" (S. 415). Der Entw. III und die CPrO. erwähnen die unrichtige Auslegung einer Urkunde nicht als besonderen Revisionsgrund; folglich kann die Revision auf unrichtige Auslegung einer Urkunde nur gestützt werden, wenn bei der Auslegung ein Gesetz verletzt ist und die Entscheidung auf dieser Gesetzesverletzung beruht. Eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 511 kann bei der Auslegung von rechtsgeschäftlichen Urkunden in mehrfacher Weise vorkommen. Einmal durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung von gesetzlichen Auslegungsregeln [vgl. RG. Entsch. XI S. 126, II S. 381, IX S. 179; dagegen Rocholl a. a. O. S. 313]; ferner durch die rechtsirrtümliche Konstruktion des von einer Rechtsnorm zum Eintritt einer Rechtsfolge geforderten abstrakten Thatbestandes [vgl. Stahl a. a. O., RG. III S. 427 Ziff. 1 unten, VI S. 413]; endlich durch die rechtsirrtümliche Annahme, daß die in einer Urkunde enthaltenen Parteierklärungen — der konkrete Sachverhalt — dem abstrakten, mit einer gewissen Rechtsfolge verbundenen Thatbestand einer bestimmten Rechtsnorm entspreche [vgl. Stahl a. a. O., RG. III S. 110 (es handelte sich um die Frage, ob die festgestellten Parteierklärungen den Thatbestand eines Lieferungs- oder eines Kommissionsvertrags darstellen), RG. III S. 427 Ziff. 2 unten, VI S. 413]. Dagegen ist die nicht auf einen derartigen Rechtsirrtum zurückführbare, rein thatsächliche Feststellung, daß sich aus einer Urkunde eine konkrete Parteierklärung als gewollt ergebe, der Kognition des Revisionsgerichts entrückt [RG. Entsch.

I S. 340, VI S. 237, VIII S. 142, 190, X S. 107]. Nicht immer hat das RG. diese Schranke beachtet [vgl. z. B. Entsch. XII Nr. 5 S. 27].

6. Wegen unrichtiger Auslegung eines früheren Urteils, aus welchem die exc. rei iud. hergeleitet wird, ist Revision zulässig; das Revisionsgericht ist nicht an die Auslegung des Berufungsgerichts gebunden [RG. 4. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 106 S. 351 ff.]. Über Revision wegen Auslegung eines Arrestbeschlusses s. RG. 31. März 1883 IX S. 322; eines Schiedsspruchs s. RG. 26. Jan. 1883 VIII Nr. 113 S. 378.

§ 512.

Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

Mot. S. 318–322. KPr. S. 263, 264, 559.

1. a) „Gesetz" bezeichnet nach EG. § 12 (vgl. EG. z. StPrO. § 7, EG. z. KO. § 2 und die zu § 511 cit. Verordn. § 13) jede Rechtsnorm, einerlei ob dieselbe auf geschriebenem Recht (Gesetz im engeren Sinn) oder auf Gewohnheitsrecht beruht. — Die Motive bemerken:

„Der Ausdruck „Rechtsnorm" ist gewählt, um einerseits die Annahme auszuschließen, daß die Revision, wie die Nichtigkeitsbeschwerde des preuß. Rechts, auf die Verletzung von Rechtsgrundsätzen habe beschränkt sein sollen, und andererseits klar zu stellen, daß es für die Revision gleichgültig ist, ob die verletzte Norm in einem Gesetze ausdrücklich ausgesprochen ist oder ob sie sich aus dem Sinne und Zusammenhange desselben ergiebt. Gleichgültig ist ferner für die Revision die Quelle, der Entstehungsgrund der verletzten Rechtsnorm. Zur Verhütung restriktiver Auslegung des Wortes „Gesetz" bestimmt der § 12 des EG., daß im Sinne der CPrO. jede Rechtsnorm als Gesetz gelte, also auch das Gewohnheitsrecht (vgl. noch § 265). Bei demselben ist nur die thatsächliche Ermittelung häufig komplizierter als bei dem geschriebenen Rechte, obwohl es Gewohnheitsrechte giebt, deren allgemein bekannte Existenz gar nicht mehr in Frage gezogen wird. Überall aber handelt es sich nicht um die thatsächliche Würdigung des Rechtsstreits, sondern um die Erkenntnis des abstrakten Rechts, und nur jene ist dem Revisionsrichter entzogen. Von diesen Gesichtspunkten aus kann man auch nicht einen Unterschied machen, ob bei der Rüge der Verletzung eines Gewohnheitsrechts der Angriff gegen thatsächliche Feststellungen oder gegen juristische Würdigungen, welche beide zur Feststellung des bestehenden Rechts dienen sollen, sich richtet. (Mot. zum preuß. Entw. S. 164). Die in § 118 des GVG. erwähnten Handelsgebräuche, für welche die bayer. PrO. (Art. 794) besondere Bestimmungen giebt, können keine andere Bedeutung in Anspruch nehmen, insoweit sie Handelsgewohnheitsrechtssätze sind (vgl. Laband Ztschr. f. d. Handesrecht XVII S. 466 ff. Entsch. des ROHG. VI S. 368 ff.*). Für den Revisionsrichter kann daher nur noch die Frage entstehen, welche Stellung er zu der Ermittelung eines ihm unbekannten Gewohnheitsrechts einzunehmen hat. Diese Frage ist bereits in dem § 265 entschieden. Bietet eine Partei neue Erkenntnismittel für das anzuwendende Recht an, so sind dies nicht neue Beweismittel für den Rechtsstreit; der Richter kann sie von Amtswegen benutzen und ebenso, wenn er sie für entbehrlich hält, die beantragte Benutzung ablehnen."

Der Ausdruck „Gesetz" umfaßt die verfassungsgemäß zustande gekommene Verordnungen soweit dieselben bindende Rechtssätze, nicht bloße Instruktionen enthalten [vgl. RG. 1. Juli 1882 SA. XXXVIII Nr. 187, 19. Okt. 1883 SA. XXXIX Nr. 161, bayr. o. LG. SA. XXXIX Nr. 265], die privilegia personalia [vgl. RG. 12. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 898 ff.], die als Landesgesetz publizierten päbstlichen Bullen [RG. 5. Juni 1880 Entsch. II Nr. 89 S. 342], die in Staatsverträgen enthaltenen Rechtsnormen [RG. 26. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 27 S. 110] und die Rechtsnormen des Völkerrechts.

---

*) Vgl. a. Entsch. d. ROHG. XI S. 243, XII S. 287.

b) „Gesetz" umfaßt auch die Normen des Prozeßrechts. Die Verletzung irgend einer Prozeßvorschrift begründet die Revision, wenn die Verletzung für die Entscheidung kausal und das Rügerecht nicht präkludiert ist (§§ 267, 521); eine Unterscheidung wesentlicher und nicht wesentlicher Prozeßrechtsnormen in dem Sinne, daß die Revision nur bei Verletzung der ersteren zulässig wäre, ist der CPrO. fremd. Läßt die CPrO. dem richterlichen Ermessen freie Wahl zwischen mehreren Prozeduren, z. B. zwischen Anordnung und Unterlassung der nach §§ 136 bis 141 möglichen Beschlüsse, zwischen Anordnung und Unterlassung einer Beweisaufnahme im Falle des § 260, zwischen Erlassung oder Nichterlassung eines Teilurteils in den Fällen der §§ 273, 274, zwischen Anordnung oder Nichtanordnung weiterer Verhandlung in den Fällen der §§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, zwischen Beweisbeschluß und bedingtem Urteil in den Fällen des § 426, zwischen Auflage des richterlichen Eides an den Beweisführer oder an den Gegner ꝛc., so liegt darin, daß das Gericht die eine oder die andere Prozedur gewählt hat, niemals eine Gesetzesverletzung; es kann daher die Revision nicht darauf gestützt werden, daß die innerhalb des gesetzlichen Rahmens getroffene Wahl eine den Umständen nicht entsprechende sei [vgl. RG. 9. März 1882 Entsch. VI Nr. 54 S. 198, 20. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1150]. Ebensowenig kann die Revision auf Nichtbeachtung bloß instruktioneller Gesetzesvorschriften (z. B. §§ 121—124, 230 Abs. 3 und 4, 281, 287, 480 ꝛc.) gestützt werden. — Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß die Berufung wegen einer Urteilszustellung, die in der Berufungsinstanz nicht geltend gemacht wurde, verspätet sei [RG. 27. Febr. 1883 Entsch. IX Nr. 108 S. 367].

c) Nicht „Rechtsnorm" ist die lex contractus d. i. die durch Vertrag oder Statut geschaffene Regulierung konkreter Rechtsverhältnisse. Bezüglich der Statuten oder Regulativen von Gesellschaften oder Genossenschaften ist dies allgemein anerkannt [vgl. ROHG. Entsch. IV S. 96, VII S. 341, IX S. 130, bay. o. LG. SA. XXXVIII Nr. 74 und 363]. Auch das in der Gesetzessammlung publ. Reglement einer Feuersocietät ist nicht als Rechtsnorm zu betrachten. [So auch RG. 23. März 1881 SA. XXXVI Nr. 305 und Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 1129 (betr. d. Provinz Posen), 4. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1143 (betr. die ostpreuß. Feuersocietät), 17. Apr. 1886 Entsch. XVI Nr. 92 S. 371 (Posen); dagegen hat RG. 24. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 51 S. 215 dem Regl. der Feuersocietät für Berlin die Gesetzeseigenschaft zugesprochen, allerdings nicht bei einer Entscheidung über die Revisibilität.] Auch das Eisenbahn-Betriebsreglement, auf Grund dessen die Frachtverträge geschlossen werden, ist nicht Rechtsnorm [vgl. ROHG. VII S. 134, IX S. 339, XIX S. 184. Dagegen aber ROHG. II S. 255, VI S. 276 („gesetzlich"), RG. 13. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1075].

2. Verletzung des Gesetzes ist jede absichtliche oder auf Rechtsirrtum (d. i. Unkenntnis oder unrichtiger Auffassung des objektiven Rechts) beruhende Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung der anzuwendenden Rechtsnorm. Die auf Rechtsirrtum beruhende Gesetzesverletzung ist natürlich die für die Praxis bedeutsame, während die absichtliche wenig praktische Bedeutung hat, da die Absicht selten nachweisbar sein wird. Gleichwohl ist es nicht richtig, den Begriff „Gesetzesverletzung" auf die Fälle des Irrtums zu beschränken [wie dies von Stahl Arch. f. c. Pr. LXVII S. 94 ff. geschehen]. — Die Verletzung kann unterlaufen bei Ermittelung der konkreten Thatsachen des zu beurteilenden Falls, soweit für diesen Teil der richterlichen Thätigkeit Rechtsnormen überhaupt bestehen — hierher gehören Verletzungen der Regeln über die Beweislast und über das Beweisverfahren im weitesten Sinne — oder bei Ermittelung des auf die ermittelten Thatsachen anzuwendenden Rechtssatzes — der sog. Subsumtion unter das Gesetz. Über letzteren Fall bemerken die Motive S. 319:

„Es kam in Frage, ob es sich empfehle, dem § 512 folgende Bestimmungen zuzusetzen:

Insbesondere ist jede unrichtige rechtliche Beurteilung der von den Parteien zur Begründung ihrer Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebrachten oder der als erwiesen angenommenen Thatsachen als Verletzung des Gesetzes anzusehen.

Gegen die Aufnahme dieses Zusatzes sprach die Erwägung, daß aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Revision sowie aus der Konstruktion dieses Rechtsmittels mit Evidenz hervorgeht, daß jede unrichtige Subsumtion von Thatsachen unter das Gesetz den Gegenstand der Anfechtung durch die Revision bilden kann, sprach ferner die Rücksicht, daß durch den Zusatz kein Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage gegeben wird, was Rechtsfrage, was Thatfrage sei. Es ist zweifellos, daß die Trennung der thatsächlichen Würdigung von der Subsumtion unter das Gesetz vielfach eine schwierige ist und daß sich die Schwierigkeit der Trennung steigert, wenn einzelne Rechtsnormen an keine genau festzustellenden Thatsachen geknüpft sind, sondern nur leitende Gesichtspunkte für den Richter aufstellen, wenn das Recht selbst bei Anwendung einzelner Rechtsbegriffe dem Richter ein von dem thatsächlichen nicht zu unterscheidendes Ermessen freistellt, wie z. B. bei dem Besitze, bei der Verjährung, bei dem Herkommen, bei der culpa [vgl. jetzt a. bay. o. LG. in SA. XL Nr. 323], bei der bona fides u. a. m. Allein ebenso zweifellos ist es, daß diese Schwierigkeit keine unüberwindliche ist und sich mindern muß, je mehr es der Theorie und Praxis gelingt, die einzelnen Rechtsbegriffe schärfer zu formulieren, und je weiter die Kodifikation des Civilrechts fortschreitet. Dem Gesetz ist die Trennung der Rechtsfrage in zwei Gebiete „konkrete und abstrakte Beurteilung“ und die Ausschließung der ersteren von dem Arbitrium des höheren Richters fremd. Der Prüfung und Entscheidung des Revisionsgerichts unterliegt z. B. unbedenklich die Frage, ob bei der Subsumtion der gerichtlich festgestellten Thatsachen unter den Rechtsbegriff „Besitz“, „culpa“ u. s. w. von dem Berufungsgerichte gefehlt sei; an die in der Berufungsinstanz gerichtlich festgestellten Thatsachen ist das Revisionsgericht gebunden, nicht aber an die rechtlichen Konklusionen, welche das Berufungsgericht aus denselben gezogen hat.“ [Vgl. dazu Stahl a. a. O. S. 98 ff., 106 ff. und die in Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 524 cit. Entscheidungen.]

§ 513.

Eine Entscheidung ist stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen:

1) wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;
2) wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist;
3) wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;
4) wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat;
5) wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
6) wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind;
7) wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

Mot. S. 322–324. KPr. S. 264, 265, 559.

1. Während das Revisionsgericht sonst zu prüfen hat, ob eine Gesetzesverletzung für die Entscheidung kausal ist (s. Bem. Nr. 2 zu § 511), gebietet das Gesetz bei den § 513 aufgeführten Verletzungen prozessualer Rechtsnormen dem Revisionsgericht, die Entscheidung als auf der Gesetzesverletzung beruhend anzusehen, also die Kausalität nicht weiter zu untersuchen. Die Hervorhebung dieser Gesetzesverletzungen rechtfertigt sich aus der Art der in Frage stehenden Prozeßrechtsnormen. Sie betreffen die Grundlagen des Verfahrens. Die Verletzung derselben kann für den materiellen Inhalt des Urteils bedeutungslos sein — z. B. das nicht vorschriftsmäßig besetzte oder das unzuständige Gericht kann sachlich korrekt entschieden haben, die Entscheidung auf Grund einer Verhandlung, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt wurden, kann ganz richtig sein — aber das nicht vorschriftsmäßig besetzte oder unzuständige Gericht durfte überhaupt nicht entscheiden, die Verhandlung, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt sind, durfte nicht als Grundlage einer Entscheidung dienen 2c.

2. Zu Nr. 1: In Betracht kommen die Vorschriften über Fähigkeit zum Richteramt: GVG. §§ 2—5 [AM. Planck I § 29 N. 1. Dagegen L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XI S. 195], 10, 11, 109—114, 127 und StGB. §§ 31, 33, 35, 36; über Besetzung der Gerichte mit einer bestimmten Zahl von Richtern: GVG. §§ 22, 77, 109, 124, 139, 140, 194; über Bildung der Kammern und Senate: GVG. §§ 59, 62, 64, 66, 120—122, 132—134; über den Vorsitz: GVG. §§ 61, 65, 121, 133 [Entsch. d. RG. in StrS. I S. 414); über die Zulässigkeit von Hülfsrichtern: GVG. § 122 [Entsch. d. RG. in StrS. III S. 214]; über Unzulässigkeit der Wahrnehmung richterlicher Geschäfte durch Staatsanwälte: GVG. § 152; die Vorschrift in CPrO. § 280, wonach nur die dort bezeichneten Richter an der Entscheidung teilnehmen dürfen. — Der Gerichtsschreiber gehört nicht zur „Besetzung des erkennenden Gerichts"; vgl. GVG. §§ 77, 124, 140, 194, wo der Ausdruck „Besetzung" stets nur bezüglich der Richter gebraucht ist. Natürlich ist das Gesetz verletzt, wenn der Gerichtsschreiber nicht zugezogen ist; aber diese Verletzung begründet die Revision nur, wenn sie für die Entscheidung kausal ist [vgl. Wach I S. 320 N. 13].

3. Zu Nr. 2: Vgl. § 41. Die Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters bei der Verkündung des Urteils ist kein absoluter Revisionsgrund. — Die Ausnahme, „sofern nicht 2c." ist geboten, weil gegen den abweisenden Beschluß die sofortige Beschwerde stattfindet (§ 46 Abs. 2), daher dieser Beschluß der Kognition des Revisionsgerichts entzogen ist (§ 510). — Auf den Gerichtsschreiber bezieht sich Nr. 2 und Nr. 3 nicht (Mot. S. 324).

4. Zu Nr. 3: Vgl. § 42. — Da gegen den Beschluß, welcher das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt, sofortige Beschwerde stattfindet, so ist er der Kognition des Revisionsgerichts entrückt (§ 510). — Wegen des Gerichtsschreibers vgl. Bem. Nr. 3 a. E.

5. Zu Nr. 4: Hierher gehört jede Verletzung der Vorschriften über sachliche Zuständigkeit und Gerichtsstand. Auch wenn die Zuständigkeit in den Vorinstanzen nicht beanstandet war, ist die Revision wegen Unzuständigkeit begründet, insoweit nicht durch Unterlassung der Rüge Prorogation eingetreten ist. — Ob auch die Verletzung der Rechtsnormen über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 247) hierher gehört, ist eine müßige Frage; denn jede Verletzung dieser Normen, mag die Zulässigkeit oder die Unzulässigkeit des Rechtswegs angenommen sein, muß für das Urteil kausal sein.

6. Zu Nr. 5: Hierher gehört die Verletzung der Vorschriften über Prozeßfähigkeit, gesetzliche Vertretung (§§ 50—55) und über die Prozeßbevollmächtigten (§§ 74—85). Die Revision ist also begründet, wenn eine nicht prozeßfähige Partei, wenn jemand, der nicht zur gesetzlichen Vertretung legitimiert ist, oder ein gesetzlicher Vertreter ohne die erforderliche Ermächtigung, wenn ein falsus procurator ein Urteil auf den Namen der Partei erwirkt hat

(vgl. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 54 u. Bem. Nr. 3 und 4 zu § 84); ebenso, wenn die Vorschriften über Anwaltszwang verletzt sind. Mangelhafte Ladung gehört nicht hierher [vgl. RG. Entsch. VII S. 361 ff.]. — Die Revision steht nicht bloß der nicht gehörig vertretenen Partei, sondern auch dem Gegner zu. Es kommt nichts darauf an, ob der Mangel bereits in der Vorinstanz gerügt war oder nicht. Die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der Prozeßführung seitens der nicht ordnungsmäßig vertretenen Partei schließt jedoch die Anfechtung wegen nicht ordnungsmäßiger Vertretung sowohl seitens der Partei wie seitens des Gegners aus (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 54 und Bem. Nr. 3 zu § 85). — Über die Konkurrenz der Revision aus § 543 Nr. 5 mit der Nichtigkeitsklage s. Bem. Nr. 3 zu § 549.

7. Zu Nr. 6: In Betracht kommen die Vorschriften in GVG. §§ 170—176. Ein absoluter Revisionsgrund liegt sowohl in der ungesetzlichen Ausschließung der Öffentlichkeit bei der Verhandlung oder bei Verkündung des Urteils [RG. 30. Juni 1880 Entsch. in StrSachen I S. 298], als auch in der Nichtausschließung der Öffentlichkeit in Sachen, in denen sie nach GVG. §§ 171, 172 ausgeschlossen werden muß. [So auch Struckm. Koch N. 7 zu § 513, Petersen S. 749, Gaupp II S. 561, RG. 27. Mai 1886 Entsch. XVI Nr. 97 S. 394. Die Entsch. d. RG. v. 7. Febr. und 30. April 1880 in StrS. I S. 324 und 652 stehen nicht entgegen, weil die Ausschließung der Öffentlichkeit in StrS. stets fakultativ ist.] Soweit die Ausschließung der Öffentlichkeit im richterlichen Ermessen steht (GVG. § 172 Abs. 1 Schlußsatz, § 173), kann von einer Revision wegen unzweckmäßiger Anwendung dieses Ermessens nicht die Rede sein (vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 512). — Die Revision ist auch begründet, wenn die Vorschriften über die Öffentlichkeit bei der Verhandlung der ersten Instanz verletzt wurden und die Entscheidung des Berufungsgerichts auf dieser Verhandlung beruht [vgl. a. RG. 4. Dez. 1883 SA. XXXIX Nr. 162, welches m. E. zu weit geht].

8. Zu Nr. 7: [Vgl. Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 324 ff.] a) Eine Entscheidung ist nicht bloß dann, wenn Entscheidungsgründe äußerlich nicht vorhanden sind, sondern auch dann der Gründe bar, wenn die als solche sich bezeichnenden Sätze die Erwägungen, aus denen der Richter zu dem Urteile gelangt ist, nicht ersehen lassen [vgl. Stahl Arch. f. c. Pr. LXVII S. 127 ff.]. Leere Redensarten wie „die Einrede erschien nach Lage der Sache nicht begründet" u. dgl. sind keine Gründe. Die Revision aus Nr. 7 ist stets begründet, wenn selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel in den Entscheidungsgründen gar nicht gewürdigt sind [RG. 3. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 109 S. 390, 14. April 1882 VI Nr. 34 S. 138, 1. Nov. 1882 VIII Nr. 94 S. 341]. Nach § 259 Abs. 1 a. E. sind im Urteile die Gründe anzugeben, welche bei Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit bestrittener Thatsachen für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind; der Mangel solcher Gründe bildet einen absoluten Revisionsgrund [RG. 10. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 60 S. 212; vgl. RG. 31. Jan. 1882 VI Nr. 44 S. 170 f. und 9. März 1882 VI Nr. 54 S. 196]. — Vgl. noch über Aufhebung des Berufungsurteils wegen Mangels der Begründung eines Widerspruchs zwischen einer thatsächlichen Feststellung mit den in dem Thatbestand angezogenen Urkunden RG. 29. Sept. 1872 Entsch. VIII Nr. 3 (90) S. 14 f. — Hat das Berufungsurteil statt näherer Begründung lediglich auf die ausreichende Begründung des Urteils erster Instanz Bezug genommen, so ist sein Urteil mit Entscheidungsgründen versehen und kann nicht aus § 513 Nr. 7 angefochten werden. [RG. 12. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 127 S. 433, 16. März 1881 IV Nr. 123 S. 428. Das RG. hat übrigens angedeutet, daß ein solches Bezugnehmen nicht zu empfehlen sei.]

b) Die Revision ist begründet nicht bloß, wenn das Endurteil des Berufungsgerichts, sondern auch, wenn ein Zwischenurteil der Entscheidungsgründe entbehrt, vorausgesetzt, daß

das Zwischenurteil nach § 510 zur Kognition des Revisionsgerichts erwachsen ist und daß das Endurteil des Berufungsgerichts auf dem Zwischenurteil ruht. An letzterer Voraussetzung würde es z. B. fehlen, wenn das Endurteil, nachdem durch ein Zwischenurteil die Stellung einer gewissen Frage an einen Zeugen abgelehnt oder ein Editionsantrag abgewiesen ist, die durch jenen Zeugen oder durch die Urkunde zu erweisende Thatsache als unerheblich behandelte [vgl. v. Kries S. 308 ff.].

c) Der Mangel des Thatbestandes oder eines ordnungsmäßigen Thatbestandes (s. Bem. Nr. 4 zu § 284) ist Verletzung des Prozeßgesetzes. Diese Verletzung ist aber kein absoluter Revisionsgrund im Sinne des § 513; sie begründet also die Revision nur, wenn sie nach Ansicht des Rev.-Gerichts für die Entscheidung kausal ist. [So auch Struckm. Koch N. 10, Wilm. Levy N. 9, Gaupp II S. 562, Petersen S. 479, A. Förster N. 8, Hellmann Lehrb. S. 738, Streich Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 241, v. Bülow Ztschr. f. d. CPr. IV S. 337, Vierhaus eod. V S. 88 f., Brückner eod. V S. 413, Wengler Thatbestand des Civilurteils S. 13 ff., RG. 16. März 1881 Entsch. IV Nr. 123 S. 429, dazu O. Bähr Urteile des RG. S. 230. AM. Puchelt II S. 365, welcher Nr. 7 des § 513 auch auf das Fehlen des Thatbestandes ausdehnt.] Übrigens ist der Mangel eines ordnungsmäßigen Thatbestandes stets als eine für die Entscheidung des Berufungsgerichts kausale Gesetzesverletzung zu betrachten, wenn in den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts Thatsachen als vorgebracht angenommen und bei der Entscheidung verwertet sind, von denen wegen Mangels des Thatbestandes nicht festgestellt werden kann, daß sie wirklich in der mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts vorgebracht wurden (vgl. § 516 Nr. 3). Ist jedoch unbestritten oder aus dem Sitzungsprotokoll zu ersehen, daß die vom Berufungsgericht als vorgebracht angenommenen Thatsachen vorgebracht worden sind, so kann der Umstand, daß dem Urteil jeder Thatbestand fehlt oder daß der Thatbestand ein Vorbringen nicht berichtet und daher unvollständig ist, nicht die Revision begründen. [Entscheidungen des RG., welche Berufungsurteile wegen Mangels des ordnungsmäßigen Thatbestandes aufheben, s. Entsch. II S. 143, S. 371, 404 ff., S. 422, IV S. 185 f., S. 437, VI S. 350, SA. XXXVI Nr. 304, XXXVIII Nr. 346. Entsch. d. RG., welche eine auf Unvollständigkeit des Thatbestandes gestützte Revision verwerfen, s. Entsch. IV S. 428 f., SA. XXXVI Nr. 85.]

9. Zu Nr. 1, 2, 3, 5, 6: Soweit das Berufungsgericht das Urteil oder in den Fällen des § 513 Nr. 5 und 6 das Verfahren erster Instanz seinem Urteil zu Grund gelegt hat, kann die Revision auch darauf gestützt werden, daß eine der ad Nr. 1, 2, 3, 5, 6 angeführten Gesetzesverletzungen in der ersten Instanz vorgekommen ist. Das Revisionsgericht hat gemäß § 513 anzunehmen, daß die Gesetzesverletzung die Revision begründet, wenn die Entscheidung der Berufungsinstanz auf dem gesetzwidrigen Verfahren der ersten Instanz beruht.

§ 514.

Die Revisionsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Urteils.

Die Revision kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urteils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urteils ist wirkungslos.

Mot. S. 314. KPr. S. 265, 559.

Die Bemerkungen zu § 477 finden auf die Revisionsfrist entsprechende Anwendung. § 478 ist nicht auf die Revision anwendbar.

§ 515.

Die Einlegung der Revision erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) die Bezeichnung des Urteils, gegen welches die Revision gerichtet wird;
2) die Erklärung, daß gegen dieses Urteil die Revision eingelegt werde;
3) die Ladung des Revisionsbeklagten vor das Revisionsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Revision.

Mot. S. 314 KPr. S. 265. 559.

1. Die Bemerkungen Nr. 1—4 zu § 479 finden hierher entsprechende Anwendung. — Daß die Revisionsschrift außer der Unterschrift des beim Reichsgericht zugelassenen Anwalts auch die des Anwalts der Berufungsinstanz trägt, macht die Einlegung nicht ungültig [RG. 30. April 1881 Entsch. IV Nr. 120 S. 419 f.]. Daß die Ladung die Bezeichnung des Gerichts, vor welches geladen wird, nicht enthält, beeinträchtigt nicht die Gültigkeit der Revisionseinlegung, wenn aus der Terminsbestimmung das Gericht ersichtlich ist [RG. 10. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 103 S. 349]. Die Einlegung der Revision in zwei Prozessen derselben Parteien mittels eines Schriftsatzes ist nicht unzulässig [bay. o. LG. SA. XL Nr. 324].

2. Im Königreich Bayern, welches auf Grund des EG. z. GVG. § 8 ein oberstes Landesgericht errichtet hat, gelten für Einlegung der Revision und für die Anwaltsbestellung die Vorschriften der § 7, 8 des EG. z. CPrO.

§ 516.

Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Revisionsschrift Anwendung.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Revisionsschrift insbesondere die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten und dessen Aufhebung beantragt werde (Revisionsanträge), und zur Begründung der Revisionsanträge enthalten:

1) insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet sei, die Bezeichnung der Rechtsnorm;
2) insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Thatsachen, welche den Mangel ergeben;
3) insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, die Bezeichnung dieser Thatsachen.

In der Revisionsschrift soll ferner der Wert des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Beschwerdegegenstandes angegeben werden, wenn die Zulässigkeit der Revision von diesem Werte abhängt.

Mot. S. 317—324. KPr. S. 265—267, 559.

1. Zu Abs. 1: Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze s. §§ 121—124.

2. Zu Abs. 2: Das Gesetz schreibt instruktionell vor, daß die Revisionsschrift enthalten „soll":

Die Revisionsanträge, d. i. die Erklärung, in wie weit das Urteil angefochten und dessen Aufhebung beantragt wird. Diese Erklärung in der Revisionsschrift hat nur vorbereitende Natur und bindet daher den Revisionskläger nicht [vgl. RG. 18. Mai 1886

Entsch. XVI Nr. 83 S. 344]. Es gelten die in Bem. Nr. 2 zu § 480 für die Berufungsschrift entwickelten Sätze.

Die Begründung der Revisionsanträge. 1. Die Begründung soll sowohl dann, wenn die Revision auf Verletzung materiellen Rechts, als auch, wenn sie auf Verletzung des Prozeßrechts beruht, die verletzte Rechtsnorm bezeichnen. 2. Insoweit die Revision auf Verletzung des Prozeßrechts gestützt wird, sollen ferner die Thatsachen, d. s. die prozessualischen Vorgänge bezeichnet werden, aus denen sich die Gesetzesverletzung ergiebt. 3. Insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, sollen außer der verletzten Rechtsnorm auch diese Thatsachen bezeichnet werden. [Vgl. dazu Stahl Arch. f. c. Pr. LXVII S. 130 ff.] Für das Revisionsgericht sind die ohne Verletzung des Gesetzes vom Berufungsgericht positiv oder negativ festgestellten Thatsachen maßgebend (§ 524). Ob diese Thatsachen ohne Gesetzesverletzung festgestellt sind, hat das Revisionsgericht zu prüfen. Eine Gesetzesverletzung bei Feststellung von Thatsachen kann ihren Grund haben in der Verletzung der Regeln über die Beweislast [vgl. RG. 11. Juni 1881 Entsch. IV Nr. 57 S. 198, RG. 28. Mai 1884 XII Nr. 26 S. 121], in der Verletzung des materiellen Rechts bei Auslegung von Urkunden (darüber s. Bem. Nr. 5 zu § 511) oder in der Verletzung der prozeßrechtlichen Vorschriften über den Beweis und die Beweisführung. Letztere können verletzt sein durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung der Regeln über Geständnis oder Notorietät, durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung der Regeln über die Versäumnisfolgen, durch inkorrekte Prozedur bei der Beweisaufnahme, z. B. Verwertung der Aussage eines ohne Grund unbeeidigt vernommenen Zeugen (darüber s. Bem. Nr. 2 zu § 356), inkorrekte Entscheidung über Editionsanträge, inkorrekte Eidesabnahme rc. oder durch Verletzung der gesetzlichen Beweisregeln (diese Regeln s. Bem. Nr. 5 zu § 259) oder durch Annahme einer Gebundenheit, wo Freiheit des richterlichen Ermessens bestand [vgl. RG. 6 Okt. 1883 Entsch. X Nr. 24 S. 93 f.: das Berufungsgericht hatte irrtümlich angenommen, durch eine nach GVG. § 118 erfolgte Feststellung gebunden zu sein]. Insoweit als die Freiheit des richterlichen Ermessens reicht (darüber vgl. Bem. Nr. 3 zu § 259), kann die Revision auf unrichtige Feststellung von Thatsachen nicht gestützt werden. — Thatsachen sind unter Verletzung des Gesetzes übergangen, wenn sie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, aber im Urteil nicht gewürdigt sind. Wegen der Beweisführung für das Vorgebrachtsein s. Bem. Nr. 2 zu § 285. Thatsachen sind unter Verletzung des Gesetzes als vorgebracht angenommen, wenn solche im Urteile gewürdigt sind, ohne daß sie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht wurden.

Die in der Revisionsschrift enthaltene Begründung der Anträge ist nur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung. Wie der Revisionskläger in der Verhandlung andere Anträge stellen kann, so kann er in der Verhandlung auch eine von der Revisionsschrift abweichende Begründung vortragen. In diesem Punkte tritt die Revision in scharfen Gegensatz zu dem Kassationsrekurs des französischen Prozeßrechts und den nachgebildeten Rechtsmitteln deutscher Partikulargesetze, welche die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm in der Rechtsmittelschrift als wesentlich und unabänderlich behandeln.

3. Zu Abs. 3: Vgl. § 230 Abs. 3. Auch diese Vorschrift ist nur instruktionell [RG. 10. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 103 S. 349].

§ 517.

In betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Revisionsschrift

und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß, finden die Vorschriften des § 234 entsprechende Anwendung.

KPr. S. 269, 559.

Vgl. § 480 und die Bemerkungen dazu. — Abweichende Bestimmung für Bayern wegen des obersten Landesgerichts s. EG. z. CPrO. § 7.

§ 518.

Der Revisionsbeklagte kann sich der Revision anschließen. Auf diese Anschließung finden die Vorschriften über die Anschließung des Berufungsbeklagten an die Berufung entsprechende Anwendung.

Mot. S. 324. KPr. S. 269, 559.

1. Vgl. §§ 482, 483. Die in den Bemerkungen Nr. 1 bis 4 zu § 482 und in den Bemerkungen Nr. 1 und 2 zu § 483 für die Anschlußberufung entwickelten Sätze finden auf die Anschlußrevision entsprechende Anwendung. Speziell über die Zulässigkeit der Anschließung an Anschlußrevision vgl. RG. 14. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 11 S. 47.

2. Die Zulässigkeit der Anschließung ist nicht bedingt durch das Vorhandensein der Revisionssumme in der Beschwerde des Revisionsbeklagten. Der nach § 518 auf die Anschlußrevision anwendbare § 482 Abs. 1 ruht auf dem Gedanken, daß die Anschließung unabhängig sein soll von den formalen Voraussetzungen des betreffenden Rechtsmittels. Zu den formalen Voraussetzungen der Revision gehört die Revisionssumme; folglich ist die Anschließung unabhängig von der Revisionssumme. Ebenso war nach dem früheren gem. Prozeß die sog. accessorische Adhäsion an die Appellation von dem Vorhandensein der summa appellabilis unabhängig [s. Pfeiffer prakt. Ausführ. VI S. 227, Wetzell Syst. § 56 bei N. 71, Renaud Lehrb. § 180 bei N. 21, SA. III S. 228]. Als selbständige Revision nach §§ 483 Abs. 2, 518 kann jedoch nur die Anschließung in Betracht kommen, für welche die Revisionssumme gegeben ist.

3. Auch ohne Anschließung kann der Berufungsbeklagte die Verletzung von Gesetzen zu dem Zwecke rügen, um die Aufrechthaltung des Urteils zu erzielen (Mot. S. 324.). Z. B. das Berufungsgericht hatte die Berufung verworfen unter der Annahme, daß die Berufungsfrist nicht eingehalten sei; diese Annahme beruht auf Rechtsirrtum. Der Revisionsbeklagte kann geltend machen, daß die Berufung auch wegen Mangels der Unterschrift eines beim Berufungsgericht zugelassenen Anwalts zu verwerfen gewesen sei.

§ 519.

Der Revisionsbeklagte hat dem Revisionskläger die Beantwortung der Revision innerhalb der ersten zwei Dritteile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Revisionsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, mittels vorbereitenden Schriftsatzes zustellen zu lassen.

Der Schriftsatz soll insbesondere die Anträge und im Falle der Anschließung deren Begründung nach Vorschrift des § 516 enthalten.

Mot. S. 324. KPr. S. 269, 559.

Vgl. §§ 244 und 484. Die Vorschriften des § 519 sind nur instruktionell; deren Nichtbeachtung zieht Rechtsnachteile zur Sache nicht nach sich. Für den Schriftsatz gelten die Vorschriften der §§ 121 ff.

§ 520.

Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das Ver=

fahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.

Mot. S. 314, 315. KPr. S. 269, 559.

1. Die Abweichungen ergeben sich aus den §§ 521—529, ferner aus GVG. § 137 in der Fass. d. RG. v. 17. März 1886 (RGBl. S. 61) für den Fall, daß die Entscheidung der vereinigten Civilsenate oder des Plenums des Reichsgerichts nötig wird. Die allgemeinen Bestimmungen des ersten Buches finden in der Revisionsinstanz direkte Anwendung; desgleichen die Vorschriften für den Urkunden- und Wechselprozeß sowie die besonderen Vorschriften für das Verfahren in Ehe- und in Entmündigungssachen.

2. Aus § 250 ergiebt sich auch die Anwendbarkeit der §§ 295 ff. (nicht des § 504!) über das Versäumnisverfahren.

a) Erscheint der Revisionskläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht und beantragt der Revisionsbeklagte die Verwerfung der Revision, so ist vom Gericht ex officio zu prüfen, ob die Formalien der Revision in Ordnung sind (arg. §§ 497, 529). Ist ein Mangel in den Formalien vorhanden, so ist die Revision ex officio zurückzuweisen. Dieses Urteil ist auch gegenüber dem Revisionskläger, gerade wie das in erster Instanz die abs. ab inst. wegen Mangels von Prozeßvoraussetzungen aussprechende Urteil gegenüber dem Kläger (s. Bem. Nr. 2 zu § 295), kein Versäumnisurteil, daher nicht mittels Einspruchs anfechtbar. Sind die Formalien in Ordnung, dann ist auf Antrag des Revisionsbeklagten die Revision durch Versäumnisurteil zu verwerfen, einerlei ob der Revisionskläger in erster Instanz Kläger oder Beklagter war (Mot. S. 328). Gegen das Versäumnisurteil ist Einspruch zulässig.

b) Erscheint der Revisionsbeklagte nicht und stellt der Revisionskläger Revisionsanträge, so hat das Gericht zu prüfen, ob die Formalien in Ordnung sind, und bei einem Mangel wie im Falle ad a die Revision zurückzuweisen; dieses Urteil ist keiner Partei gegenüber Versäumnisurteil. Sind die Formalien in Ordnung, so ist auf Antrag des Revisionsklägers unter Anwendung des § 296 Urteil zu erlassen. Neues thatsächliches Vorbringen des Revisionsklägers ist, weil § 524 auch für das Versäumnisverfahren gilt, nur insoweit zulässig, als dasselbe unter § 516 Nr. 2 oder 3 fällt. Werden zulässige neue Thatsachen vorgebracht, so sind dieselben, rechtzeitige Mitteilung derselben an den Revisionsbeklagten vorausgesetzt, als „zugestanden" d. i. des Beweises nicht bedürftig zu behandeln; es ist mit Unterstellung der Wahrheit derselben zu prüfen, ob die Revision begründet ist (Mot. S. 328). Dies gilt jedoch nur mit der Einschränkung auf solche thatsächliche Behauptungen, welche nicht von Amtswegen zu berücksichtigende Punkte betreffen. Behauptungen der letzteren Art unterliegen nicht der sog. Geständnisfiktion (vgl. Bem. Nr. 8 zu § 261). Werden lediglich die vom Berufungsgericht festgestellten Thatsachen reproduziert, so hat das Revisionsgericht nur zu prüfen, ob nach dem festgestellten Sachverhältnis der Revisionsangriff gerechtfertigt ist [vgl. RG. 2. November 1880 Entsch. III Nr. 55 S. 196]. Soweit der Revisionsantrag begründet erscheint, ist demselben Folge zu geben; soweit dies nicht der Fall ist, ist die Revision als unbegründet zu verwerfen. Das die Revision verwerfende Urteil ist nicht Versäumnisurteil [AM. RG. 2. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 55 S. 196. Cui bono? von wem sollte es durch Einspruch angefochten werden können?] Auch das dem Revisionsantrag stattgebende Urteil ist nur dann Versäumnisurteil, wenn es auf Verwirklichung von Versäumnisfolgen, also auf der Annahme, daß thatsächliches Vorbringen des Revisionsklägers zugestanden sei, beruht. Nur das Versäumnisurteil unterliegt dem Einspruch des Revisionsklägers; das Urteil, welches nicht Versäumnisurteil ist, ist sofort rechtskräftig (vgl. Bem. Nr. 2 g. E. zu § 504). [So auch Troll Vers.Urt. S. 184 f.]

[Daß in der Revisionsinstanz überhaupt ein mit Einspruch anfechtbares Versäumnisurteil erlassen werden könne, bestreitet v. Kries Rechtsm. S. 349 ff. auf Grund der irrigen Unterstellung, daß in der Revisionsinstanz eine „eigentliche" (?) mündliche Verhandlung nicht stattfinde.]

Wegen Anwendung der Versäumnisfolgen auf die Anschlußrevision vgl. Bem. Nr. 3 zu § 504. Die daselbst entwickelten Sätze sind auf die Anschlußrevision mit der Einschränkung anwendbar, daß bei Ausbleiben des Gegners des Abhärenten nicht nach § 504 Abs. 2 sondern noch § 296 zu verfahren ist, soweit zulässige thatsächliche Behauptungen des Abhärenten in Frage stehen.

§ 521.

Die Verletzung einer das Verfahren der Berufungsinstanz betreffenden Vorschrift kann in der Revisionsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des § 267 die Partei das Rügerecht bereits in der Berufungsinstanz verloren hat.

KPr. S. 269, 559.

Vgl. die Bemerkungen zu § 267, ferner § 492. — Nach § 520 gilt § 267 auch bezüglich der innerhalb der Revisionsinstanz begangenen Gesetzesverletzungen.

§ 522.

Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen nur die von den Parteien gestellten Anträge.

Mot. S. 317. KPr. S. 269, 559.

1. Die Grenze der Kognition des Revisionsgerichts bilden die in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht verlesenen (§ 269) Anträge des Revisionsklägers und des Revisionsbeklagten (Anschließungsanträge). Soweit das Urteil nicht angefochten ist, hat das Revisionsgericht keine Kognition. Dies gilt nicht bloß, wenn das Urteil über mehrere Ansprüche erkannte und nur der über den einen Anspruch erkennende Teil angefochten ist, sondern auch, wenn das Urteil bezüglich eines Teils des Anspruchs aus einem Grunde angefochten wird, der auch die Entscheidung bezüglich des nicht angefochtenen Teils nach Ansicht des Revisionsgerichts berührt.

Die Anträge bilden aber noch nach einer anderen Richtung die Grenze für die Entscheidung des Revisionsgerichts: das Revisionsgericht darf ohne Anschlußrevision nicht in peius reformieren. Es kann ohne Anschließung weder eine in peius reformierende Entscheidung in der Sache selbst erlassen (z. B. der Kläger hat als Revisionskläger ein bedingtes Endurteil angefochten; das Revisionsgericht findet, daß der Rechtsweg unzulässig ist; darauf kann der Vorsitzende den Revisionsbeklagten aufmerksam machen und ihn dadurch zur Anschließung veranlassen; aber ohne daß Anschließung erfolgt, darf die Klage nicht abgewiesen werden), noch kann es ohne Anschließung unter Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung mit für das Berufungsgericht bindender Kraft (§ 528 Abs. 2) eine Rechtsansicht aussprechen, welche zu einer reformatio in peius durch das Berufungsgericht führt (z. B. der Kläger hat als Revisionskläger ein bedingtes Endurteil angefochten, durch welches dem Beklagten ein zugeschobener Eid auferlegt ist, und hat bedingungslose Verurteilung des Beklagten verlangt. Der Beklagte hat sich nicht angeschlossen. Das Revisionsgericht ist der Ansicht, daß nicht bloß die Beschwerde unbegründet, daß vielmehr die Eideszuschiebung unzulässig gewesen sei. Das Revisionsgericht darf ohne Anschließung nicht das Urteil aufheben, sondern kann nur die Revision als unbegründet verwerfen). Das Verbot der reformatio in

peius ist zwar für die Revisionsinstanz nicht direkt, wie für die Berufungsinstanz in § 498, ausgesprochen. Dasselbe steckt aber in § 522. Die Revision hat Ähnlichkeit mit einer auf die Rechtsfrage beschränkten Oberberufung (s. die vor § 507 cit. Mot. a. E.); für die Berufung aber ist, wie im früheren Prozesse für Appellation und Oberappellation, zweifellos, daß ohne Adhäsion nicht in peius abgeändert werden darf. Mittels der Anschließung kann der Revisionsbeklagte auch eine Änderung zu seinen Gunsten erreichen, welche ihn günstiger stellt, als das von ihm nicht angefochtene Urteil der ersten Instanz (z. B. die erste Instanz hatte auf Eid des Beklagten erkannt; dagegen hat der Kläger Berufung eingelegt; der Beklagte hatte nur die Verwerfung der Berufung beantragt; der Kläger legt Revision ein, der Beklagte kann in der Revisionsinstanz noch beantragen, daß die Klage sofort abgewiesen werde).

2. Innerhalb der bezeichneten Grenzen ist das Revisionsgericht bei der Beurteilung des Rechtsfalls unabhängig von der Begründung der Anträge der Parteien. Die Kognition des Gerichts ist auf den Revisionsgrund, welchen die Partei anführt, nicht beschränkt. Daher muß der Revision, welche der Revisionskläger auf Verletzung der Rechtsnorm x stützt, stattgegeben werden, wenn das Revisionsgericht sich überzeugt, daß zwar nicht die Rechtnorm x, wohl aber die Rechtsnorm y in für das Urteil kausaler Weise verletzt ist (KPr. S. 269). [Vgl. a. Wach Vortr. S. 212 ff., v. Kries S. 297 ff.] Auch diese Regel ergiebt sich aus dem § 522; denn hier ist nur die Beschränkung der Prüfung auf die Anträge, nicht auf deren Gründe ausgesprochen [vgl. v. Kries S. 298]. Die Motive (S. 317) bemerken darüber:

> „In der Natur der Sache liegt es, daß die Partei, um den Erfolg des Rechtsmittels zu sichern, den Punkt, an welchem das Urteil angreifbar ist, aufsuchen und bei der mündlichen Verhandlung hervorheben wird. Sie kann dies ohne jede Schranke ausführen und eine vollständige Erörterung der Sache, für welche auch das Gericht zu sorgen hat, wird dahin führen, daß keine Gesetzesverletzung, welche dem Urteil zu Grunde liegt, unerörtert bleibt. Es genügt aber der Vortrag des Sachverhältnisses mit dem darauf gestützten Antrage, um jede wirklich vorliegende Gesetzesverletzung zur Entscheidung des Richters zu bringen; eine bestimmte Formulierung der angeblich verletzten Rechtsnormen ist nicht erforderlich. Deshalb ist es nur thatsächlich richtig, zu sagen, daß die Gesetzesverletzung, welche die Aufhebung des Urteils begründet, von der Partei gerügt wird. Rechtlich ist die Aufhebung des Urteils von einer ausdrücklichen Rüge ebenso unabhängig, wie es die Zurückweisung der Revision von einer besseren Begründung des angefochtenen Urteils durch den Revisionsbeklagten ist, immer vorausgesetzt den Vortrag des Sachverhältnisses durch die Parteien."

Doch kann das Revisionsgericht nicht das Urteil wegen ungerügter Verletzungen des Prozeßrechts aufheben, welche nach § 267 durch Präklusion des Rügerechts geheilt sind (§ 521); denn solche Verletzungen des Prozeßgesetzes kommen eben nicht mehr als Gesetzesverletzungen in Betracht (vgl. Mot. S. 317). [Unrichtig v. Kries S. 305.] Die Verletzungen des Prozeßgesetzes dagegen, deren Heilung nach § 267 nicht erfolgen kann, muß das Gericht auch ohne Rüge der Partei berücksichtigen, soweit dies faktisch und ohne reformatio in peius möglich ist.

§ 523.

Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil des Berufungsgerichts ist, insoweit dasselbe durch die Revisionsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Revisionsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Mot. S. 324. KPr. S. 269, 559.

Vgl. § 496 nebst den Bemerkungen.

§ 524.

Für die Entscheidung des Revisionsgerichts sind die in dem angefochtenen Urteile gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend. Außer denselben können nur die im § 516 Nr. 2, 3 erwähnten Thatsachen berücksichtigt werden.

Mot. S. 324, 325. KPr. S. 269, 270, 559.

1. Das Revisionsgericht hat die Richtigkeit der thatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht nachzuprüfen. Die thatsächlichen Feststellungen beziehen sich entweder auf Vorgänge innerhalb des Prozesses, dahin gehört die Feststellung, daß eine Partei einen Antrag gestellt oder nicht gestellt, eine Thatsache vorgebracht oder nicht vorgebracht, eine Thatsache bestritten oder nicht bestritten, einen Beweis angetreten oder nicht angetreten, eine Beweiserklärung abgegeben oder nicht abgegeben, einen Eid geleistet oder verweigert habe 2c.; oder auf Vorgänge außerhalb des Prozesses, d. i. auf die von den Parteien vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel, dahin gehört die Feststellung, daß eine zum Angriff oder zur Verteidigung vorgebrachte Thatsache bewiesen oder nicht bewiesen oder nicht vollständig bewiesen sei. — Alle diese positiven oder negativen thatsächlichen Feststellungen, welche im Thatbestand oder in den Entscheidungsgründen des zweitinstanziellen Urteils (direkt oder indirekt d. i. durch Bezugnahme auf das Urteil der ersten Instanz oder auf die Schriftsätze) enthalten sein können, sind für das Revisionsgericht bindend, soweit nicht bei der Feststellung selbst eine Rechtsnorm verletzt ist. Ist letzteres der Fall und die Verletzung für die Entscheidung kausal, so hat das Revisionsgericht das Urteil aufzuheben.

Entscheidungen: Die Annahme des OLG., daß in der Berufungsschrift eine ausreichende Ladung enthalten sei, ist keine thatsächliche Feststellung. RG. 29. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 111 S. 398. — Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Überlassung des vorbehaltenen Vermögens seitens der Frau einen Verzicht auf den Vorbehalt in sich schließe, bindet das Rev.-Ger. nicht. RG. 10. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 57 S. 206. — Die vom Berufungsgericht festgestellten Thatsachen, in welchem sich die Übung eines Gewohnheitsrechts manifestiert, sind für das Rev.-Ger. maßgebend. RG. 20. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 97 S. 361. — Die Frage, ob die vom OLG. festgestellten Thatsachen zur Ehescheidung oder zur zeitweiligen Trennung genügen, ist der Entscheidung des Rev.-Ger. nicht entzogen. RG. 8. Nov. 1881 VI Nr. 37 S. 150, 9. Febr. 1883 VIII Nr. 40 S. 159, 29. Mai 1883 XI Nr. 110 S. 413. Ebenso nicht die Schuldfrage im Ehescheidungsprozeß. RG. 6. Febr. 1886 SA. XLI Nr. 151. — Die Frage, ob in einer bestimmten Handlung ein Verzicht gelegen sei, fällt der Beurteilung des Revisionsgerichts anheim. Bay. o. LG. SA. XL Nr. 258. Ebenso die Frage, ob sich aus gewissen Handlungen culpa ergiebt. Bay. o. LG. SA. XL Nr. 323. — Über die Stellung des Revisionsgerichts gegenüber der Auslegung von rechtsgeschäftlichen Urkunden, richterlichen Entscheidungen und von Schiedssprüchen s. die in Bem. Nr. 5 und 6 zu § 511 cit. Urteile.

2. Neue Thatsachen, d. s. solche, welche in der Berufungsinstanz nicht vorgebracht wurden, dürfen in der Revisionsinstanz nicht vorgebracht und, wenn vorgebracht, vom Revisionsgericht nicht berücksichtigt werden. Diese Regel erleidet Ausnahmen: a) Solche Thatsachen, welche sich auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels beziehen, z. B. die Behauptung, daß das zweitinstanzielle Urteil z. Z. der Einlegung des Rechtsmittels noch nicht zugestellt gewesen sei oder daß der Revisionskläger auf das Rechtsmittel verzichtet habe, können vorgebracht werden (Mot. S. 325). b) Zur Begründung der auf Verletzung von Prozeßrechtsnormen gestützten Revision können die Thatsachen, welche den Mangel ergeben (§ 516 Nr. 2), vorgebracht werden, z. B. die Thatsachen, aus denen sich ergiebt, daß das Berufungsgericht nicht

vorschriftsmäßig besetzt war ꝛc. c) Die Thatsachen, welche, obwohl bereits vorgebracht, vom Berufungsgericht unter Verletzung des Prozeßgesetzes im Thatbestand übergangen sind, können neu vorgebracht und müssen berücksichtigt werden (§ 516 Nr. 3). Die Mot. S. 325 bemerken:

„Damit ist insbesondere auch die Möglichkeit gegeben, ein Übergehen von Thatsachen — eine Omission — zu rügen, wenn auch die rechtliche Erheblichkeit der Rüge für den Erfolg maßgebend und der Nachweis derselben nach Maßgabe der Vorschriften über die Fixierung des Sachverhältnisses beschränkt ist. In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß nach § 285 der Thatbestand des Urteils rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert, und daß dieser Beweis **nur** durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann. Läßt sich daher auf Grund des Sitzungsprotokolls nicht beweisen, daß eine in den Thatbestand nicht aufgenommene Thatsache in der mündlichen Verhandlung vorgetragen sei, so kann die Anfechtung des Urteils auf eine Omission nur gestützt werden, wenn der Thatbestand auf Grund des § 291 rektifiziert, also infolge des gestellten Berichtigungsantrags festgestellt worden ist, daß die Partei die betreffende Thatsache in der mündlichen Verhandlung vorgebracht habe."

3. Eine Beweisantretung ist in der Revisionsinstanz nur bezüglich der in Bem. Nr. 2 litt. a bis c bezeichneten Thatsachen zulässig. Die Beweisaufnahme erfolgt durch das Revisionsgericht. Dieses kann die Beweisaufnahme unter den Voraussetzungen der §§ 337, 340, 370, 399, 441 übertragen.

§ 525.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 511 nicht gestützt werden kann, ist für die auf die Revision ergehende Entscheidung maßgebend.

Mot. S. 320—322. KPr. S. 270, 559, 711.

1. Litteratur: Fels Revisions- und Sonderrecht S. 84 ff.

2. Aus den Motiven S. 321 f:

„Die Vorschriften des § 525 und des § 528 Abs. 3 sind Konsequenzen der Bestimmungen des § 511. Die praktische Wichtigkeit derselben ließ es wünschenswert erscheinen, sie im Gesetz zum Ausdruck zu bringen.

Zur Vermeidung von Zweifeln über die Bedeutung des § 525 mag folgendes bemerkt werden. Die Frage, ob z. B. das Reichsrecht oder das gemeine Recht richtig zur Anwendung gebracht sei, ist der Kognition des Revisionsgerichts nicht bloß dann zu unterstellen, wenn die Anwendbarkeit der reichsgesetzlichen oder gemeinrechtlichen Norm an sich unstreitig und streitig nur der Inhalt dieser jedenfalls in Anwendung zu bringenden Rechtsnorm ist; sondern zur Kompetenz des Revisionsgerichts gehören auch die Fragen, welche durch den Konflikt des Reichsrechts oder gemeinen Rechts und des partikularen Rechts entstehen. Hat also z. B. das Berufungsgericht angenommen, daß das Reichsrecht eine partikulare Rechtsnorm nicht aufgehoben habe, und diese Rechtsnorm demgemäß zu seiner Entscheidung zu Grunde gelegt, so hat das Revisionsgericht festzustellen, ob die Konklusion des Berufungsgerichts als zutreffend angesehen werden kann. Dasselbe gilt, wenn z. B. das Berufungsgericht zu dem Ergebnisse gelangt, daß das Partikularrecht eine Rechtsnorm des gemeinen Rechts beseitigt habe, und deswegen diese Rechtsnorm für unanwendbar erklärt. Hieraus folgt: Durch § 525 hat nur ausgesprochen werden sollen, daß, wenn die in dem konkreten Fall zur Anwendung zu bringende Rechtsnorm dem der Revision nicht unterliegenden partikularen Rechte entnommen werden muß, die Entscheidung des Berufungsgerichts über Bestehen und Inhalt der betreffenden Rechtsnorm für das Revisionsgerichts maßgebend sei (John in Behrends Ztschr. f. deutsche Gesetzg. VII S. 189 ff.).

Aus dem Wortlaute des § 511 ergiebt sich, daß die Revision, soweit es sich um die Verletzung von Reichsrecht handelt, voraussetzt, daß das verletzte Gesetz innerhalb des Bezirks desjenigen OLG. gilt, welches das Berufungsurteil erlassen hat. Hieraus folgt:

1. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß ausländisches Recht nicht richtig angewendet sei. . . . . . .

2. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß inländisches Recht, welches im Bezirke des Berufungsgerichts keine Geltung hat, nicht richtig angewendet sei. . . . . . .

Anders verhält es sich, wenn die Revision darauf gegründet wird, daß das Berufungsgericht statt des ausländischen Rechts oder statt des Rechts eines anderen deutschen Gebiets das in seinem Bezirk geltende Recht zur Anwendung gebracht habe. In diesem Fall ist die Revision dagegen gerichtet, daß von dem Berufungsurteil gegen die Grundsätze der sog. örtlichen Kollision der Rechte verstoßen, also eine für das Berufungsgericht geltende Rechtsnorm verletzt sei."

3. Nach § 511 sind zwei Gruppen von Rechtsnormen zu unterscheiden, solche, deren Verletzung im konkreten Fall die Revision begründen kann, — revisibles Recht — und solche, deren Verletzung die Revision nicht begründen kann — nicht revisibles Recht (Sonderrecht). Die Nichtrevisibilität der Rechtsnormen der zweiten Gruppe hat zur Folge, daß dem Rev.-Ger. die Nachprüfung der in Bezug auf dieselben vom Beruf.-Ger. ausgesprochenen Rechtsansicht nicht zusteht. Diese Negative in die Positive umgesetzt, ergiebt den Satz: in Bezug auf das nicht revisible Recht ist die Rechtsansicht — „Entscheidung" in diesem Sinn [vgl. Fels a. a. O. S. 113 f.] — des Beruf.-Ger. für das Rev.-Ger. maßgebend. Dies und nichts anderes ist der Sinn des § 529. Derselbe hat also keine selbständige, über § 511 hinausgreifende Bedeutung, sondern deklariert nur einen schon in § 511 gelegenen Folgesatz. [Vgl. die oben cit. Motive Abs. 1, Fels S. 106. Vgl. a. RG. 21. Juni 1882 RAnz. 1882 Beil. Nr. 1 (mit falschem Datum 1. Juli 1882) ad vv.: „Es kann nicht angenommen werden, daß durch den § 525 die Vorschrift des § 511 habe abgeändert werden sollen" ꝛc.] Da hiernach dem Rev.-Ger. nur die Nachprüfung der Rechtsansicht des Beruf.-Ger. bezüglich des nicht revisiblen Rechts entzogen ist, so ergiebt sich, daß dem Rev.-Ger. die Nachprüfung der Frage, ob nicht statt des nicht revisiblen Rechts eine der Gruppe des revisiblen Rechts angehörige Rechtsnorm anzuwenden sei, nicht entzogen ist; oder — in die positive Redeweise des § 525 umgesetzt — die vom Beruf.-Ger. bezüglich des nicht revisiblen Rechts ausgesprochene Rechtsansicht ist für das Rev.-Ger. nur unter der Voraussetzung maßgebend, daß nach Ansicht des Rev.-Ger. nicht revisibles Recht auf den konkreten Fall anwendbar ist.

Folgesätze: a) Hat das Ber.-Ger. nicht revisibles Recht angewendet, so steht dem Rev.-Ger. die Nachprüfung zu, ob nicht statt dessen revisibles Recht anzuwenden gewesen wäre. Nicht bloß hat das Revisionsgericht zu prüfen, ob die Annahme des Beruf.-Ger., daß nicht revisibles Recht anzuwenden sei, nicht auf einem Rechtsirrtum betreffs der aus dem revisiblen Recht zu entnehmenden Normen über örtliche Kollision der Gesetze, über zeitliche Kollision derselben (z. B. über die Kraft eines jüngeren Gewohnheitsrechts gegenüber einem geschriebenen Recht), über das Verhältnis von Reichs- und gemeinem Recht zu Landes- und Partikularrecht (z. B. über die Frage, ob Landesrecht dem Reichsrecht derogieren könne), über die Entstehung der Rechtsnormen (z. B. über die Voraussetzungen einer Gewohnheitsrechtsbildung) [vgl. RG. 18. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 42 S. 150, 20. Sept. 1881 V Nr. 97 S. 361] oder auf einen Rechtsirrtum betreffs des Bestehens oder des Inhalts des revisiblen Rechts [vgl. RG. 6. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 25 S. 94, 4. Jan. 1881 III Nr. 14 S. 29, 3. Juni 1882 bei Fenner und Mecke III Nr. 222, 30. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 105 S. 347, 7. Nov. 1885 SA. XLI Nr. 248; dazu Fels S. 90 ff.] beruhe, sondern dem Rev.-Ger. steht auch zu, zu prüfen, ob ein die Anwendung des revisiblen Rechts ausschließendes nicht revisibles Recht bestehe, zu welcher Prüfung auch auf den Inhalt des nicht revisiblen Rechts eingegangen und vom Rev.-Ger. geprüft werden muß, ob das nicht revisible Recht vom Beruf.-Ger. richtig ausgelegt worden ist. [AM. RG. 14. Apr. 1882 Entsch. III Nr. 34

S. 135, ferner RG. 17. März 1881 V Nr. 57 S. 212, 29. März 1881 V Nr. 99 S. 371 f.; in diesen drei Urteilen nimmt das RG. an, daß die Entscheidung des Beruf.-Ger. das Partikularrecht habe einen Satz des gem. Rechts aufgehoben oder modifiziert, für das Rev.-Ger. maßgebend sei. Ebenso bay. o. LG. SA. XXXVIII Nr. 47. Dagegen Fels S. 101 ff. Die Ansicht des RG. beruht auf der irrtümlichen Annahme, daß § 525 über § 511 hinausgreife]. Diese letztere Prüfung ist aber nur von dem Gesichtspunkte aus von dem Rev.-Ger. vorzunehmen, daß zu untersuchen ist, ob nicht ein Rechtsirrtum bezüglich des angewendeten nicht revisiblen Rechts zu der Nichtanwendung revisiblen Rechts geführt hat. Dagegen hat das Rev.-Ger. nicht zu untersuchen, ob nicht ein Rechtsirrtum bezüglich des angewendeten nicht revisiblen Rechts unterlief, zufolge dessen letzteres anstatt eines anderen nicht revisiblen Rechts irrtümlich angewendet wäre. Denn nur, wenn statt des revisiblen Rechts irrtümlich nicht revisibles Recht angewendet wurde, ist revisibles Recht durch Nichtanwendung verletzt, während in dem Falle, daß statt der nicht revisiblen Rechtsnorm x die gleichfalls nicht revisible Rechtsnorm y anzuwenden wäre, nur Verletzung eines nicht revisiblen Rechts vorläge — und darauf kann die Revision nicht gestützt werden. Wohl aber hat das Revisionsgericht wieder zu prüfen, ob bei Anwendung der nicht revisiblen Rechtsnorm x anstatt der gleichfalls nicht revisiblen Rechtsnorm y eine der Gruppe des revisiblen Rechts zu entnehmende Rechtsnorm über örtliche und zeitliche Kollision der Gesetze oder über Entstehung der Rechtsnormen (s. o.) verletzt ist. [Vgl. RG. 6. Nov. 1881 Entsch. II Nr. 49 S. 184, Fels S. 90].

b) Hat das Beruf.-Ger. revisibles Recht angewendet, so steht dem Rev.-Ger. wiederum zu, zu prüfen, ob nicht die Annahme des Ber.-Ger., daß das revisible Recht anzuwenden sei, auf einem Rechtsirrtum betreffs der aus der Gruppe des revisiblen Rechts zu entnehmenden Normen über örtliche Kollision der Gesetze oder über zeitliche Kollision derselben (z. B. über die Kraft jüngeren Gewohnheitsrechts gegenüber dem geschriebenem Recht [vgl. RG. 5. Juli 1881 Entsch. V Nr. 34 S. 134], über das Verhältnis von Reichs- und gem. Recht zu Landes- und Partikularrecht [vgl. RG. 28. Mai 1880 Entsch. II Nr. 20 S. 68, 6. Okt. 1880 II Nr. 25 S. 94, 7. Nov. 1885 SA. XLI Nr. 248], über die Entstehung der Rechtsnormen oder auf einem Rechtsirrtum bezüglich des Inhalts des revisiblen Rechts beruhe. Dagegen steht dem Rev.-Ger. nicht zu, zu prüfen, ob ein die Anwendung des revisiblen Rechts ausschließendes nicht revisibles Recht, dessen Bestehen das Beruf.-Ger. verneint oder ignoriert hat, bestehe; denn durch die Nichtanwendung des nicht revisiblen Rechts wäre nur dieses, nicht das revisible Recht, verletzt, und darauf kann die Revision nicht gestützt werden. [Vgl. RG. 18. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 42 S. 150, 14. Juni 1881 IV Nr. 58 S. 202, Fels S. 106 ff. AM. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 105].

§ 526.

Ergeben die Entscheidungsgründe zwar eine Gesetzesverletzung, stellt die Entscheidung selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig dar, so ist die Revision zurückzuweisen.

Mot. S. 316, 317. KPr. S. 270, 559.

1. § 526 ist Konsequenz des § 511 (s. Bem. Nr. 2 zu § 511). Soweit eine der in § 513 als absolute Revisionsgründe bezeichneten Gesetzesverletzungen vorliegt, ist § 526 nicht anwendbar; aber eine solche Verletzung liegt nicht vor, wenn ein irrelevanter Rechtsirrtum in den Entscheidungsgründen unterlief. Daher ist z. B. die Revision als unbegründet zu verwerfen, wenn zwar der Grund, aus welchem von dem Untergericht die Zuständigkeit

angenommen wird, nach Ansicht des Revisionsgerichts rechtsirrtümlich, die Zuständigkeit aber aus einem anderen Grunde vorhanden ist.

2. Anwendung des § 526 s. Entsch. des RG. I, S. 437, II S. 429, III S. 92, 108, 384, 427, 429, 435, IV S. 404, V S. 175, 415, VI S. 206, IX S. 216, 388, XI S. 242, XVIII S. 380.

§ 527.

Insoweit die Revision für begründet erachtet wird, ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

Erfolgt die Aufhebung des Urteils wegen eines Mangels des Verfahrens, so ist zugleich das Verfahren insoweit aufzuheben, als es durch den Mangel betroffen wird.

Mot. S. 325, 326.*) KPr. S. 270, 559.

1. Zu Abs. 1: Die Aufhebung des angefochtenen Urteils ist sowohl im Falle der Zurückverweisung, wie im Falle der Entscheidung in der Sache selbst auszusprechen.

2. Zu Abs. 2: Betrifft die Verletzung des Prozeßgesetzes das ganze Verfahren, so ist das ganze Verfahren des Berufungsgerichts (eventuell auch der ersten Instanz vgl. Bem. Nr. 9 zu § 513) für nichtig zu erklären. Betrifft die Verletzung nur einen Teil des Verfahrens, so ist der betroffene Teil erklären. Die in Bem. Nr. 4 zu § 501 für den Fall teilweiser Aufhebung durch das Berufungsgericht entwickelten Sätze finden entsprechende Anwendung.

§ 528.

Im Falle der Aufhebung des Urteils ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dasselbe hat die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.

Das Revisionsgericht hat jedoch in der Sache selbst zu entscheiden:

1) wenn die Aufhebung des Urteils nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist;
2) wenn die Aufhebung des Urteils wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs erfolgt.

Kommt in den Fällen der Nr. 1 und 2 für die in der Sache selbst zu erlassende Entscheidung die Anwendbarkeit von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 511 nicht gestützt werden kann, in Frage, so kann die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Mot. S. 314, 326, 327.*) KPr. S. 270—272, 559, 707—709.

1. Die Motive bemerken: „Die bloße Aufhebung des angefochtenen Urteils ist nicht das Endziel des Rechtsmittels. Grundsätzlich soll eine anderweite Entscheidung in

*) Die Motive zu §§ 527 und 528 (im Entw. §§ 503 und 504) enthalten verschiedene Redaktionsversehen. Wiederholt ist von Zurückverweisung „an die erste Instanz", von der Gebundenheit des Revisionsgerichts an die thatsächliche Würdigung „des ersten Richters" 2c. die Rede, während das Berufungsgericht gemeint ist. Dies erklärt sich daraus, daß der Entw. I und II keine Berufung, sondern nur Revision gegen Urteile der Landgerichte kannte. Auch von der Gebundenheit des Untergerichts an die Urkundenauslegung des Revisionsgerichts ist die Rede, obwohl der Entw. II in diesem Punkte von Entw. III differiert (s. Bem. Nr. 5 zu § 511).

der Sache selbst erreicht werden, allein die als Regel aufgestellte Ausschließung der thatsächlichen Würdigung von der Thätigkeit des Revisionsgerichts macht es unmöglich, in demselben Maße wie bei der Berufung eine Entscheidung in der Sache selbst zu geben. Wenn die in den Entscheidungsgründen niedergelegte thatsächliche Würdigung des ersten Richters nach den Ansichten des Revisionsgerichts als Grundlage für das Endurteil noch nicht ausreicht oder wenn das Verfahren oder die Feststellung des Sachverhältnisses mit Erfolg angegriffen ist, so kann nur die Aufhebung des angefochtenen Urteils ausgesprochen werden."

Die Sache kann weder an ein anderes Gericht noch an einen anderen Senat desselben Gerichts zurückverwiesen werden (vgl. KPr. S. 270 ff., 707 ff.). An das Gericht erster Instanz ist die Sache zurückzuverweisen, wenn das Berufungsgericht auf Zurückverweisung in die erste Instanz hätte erkennen müssen. Z. B. die erste Instanz wies wegen Unzuständigkeit die Klage ab, die zweite Instanz bestätigte; das Revisionsgericht erachtet die Zuständigkeit für gegeben [vgl. RG. 25. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 23 S. 94].

2. Das Berufungsgericht ist an die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zu Grunde liegt, gebunden. [Darüber Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. VI S. 217 ff., Struckmann eod. S. 391 ff.; vgl. a. L. Seuffert eod. VII S. 54 N. 51].

a) Über „rechtliche Beurteilung" bemerken die Motive (S. 327): „Um die Absicht des Gesetzes gegen die Gefahr einer zu engen Auslegung und Anwendung sicher zu stellen, ist statt „Rechtsnorm" — preuß. Entw. § 683, nordd. Entw. § 852 Nr. 3 — „Rechtsansicht" (Bayern Art. 820) — „Rechtsgrundsätze" — preuß. Deklar. v. 6. April 1839 Art. 11 Abs. 3 und Ges. v. 20. März 1854 § 3, Hann. § 441 Abs. 2, Württ. Art. 750 Abs. 4, hann. Entw. § 623 Abs. 3, österr. Entw. § 712 Abs. 3, sächs. Entw. § 1023 — der Ausdruck „rechtliche Beurteilung" gewählt, welchem eine weitere Bedeutung beiwohnt."

b) Die Gebundenheit des Berufungsgerichts an die rechtliche Beurteilung, d. i. an die Rechtsansicht des Revisionsgerichts, folgt nicht aus der Rechtskraft des Urteils, denn Rechtsansichten sind der Rechtskraft nicht fähig, sondern (wie die Gebundenheit der ersten Instanz an das Urteil des Beruf.-Ger., vgl. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 500) aus der Devolution des ganzen Rechtsstreits an das Rev.-Ger. Dieses sollte eigentlich den Rechtsstreit stets selbst erledigen. Aus organisatorischen Rücksichten (Entlastung des höchsten Gerichtshofs) ist das Rev.-Ger. ermächtigt, unter Umständen auf die Aufhebung des Urteils sich zu beschränken und dem Beruf.-Ger. die Erledigung des Prozesses zu übertragen. Letzteres erledigt den Rechtsstreit kraft der ihm vom Rev.-Ger. gewordenen Anweisung und ist daher an dessen Anweisung gebunden. [Ähnlich Vierhaus a. a. O. S. 225 ff. AM. Struckmann a. a. O. S. 392 ff.].

c) Nur an die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, ist das Beruf.-Ger. gebunden. Rechtliche Ausführungen, welche einen Einfluß auf die Aufhebung nicht haben, binden das Beruf.-Ger. nicht, sondern haben nur autoritative Bedeutung. Wurden thatsächliche Feststellungen des Beruf.-Ger. angefochten, die darauf bezüglichen Angriffe aber vom Rev.-Ger. zurückgewiesen, so ist das Beruf.-Ger. bei seiner abermaligen Entscheidung nicht gehalten, wegen der Zurückweisung der dagegen erhobenen Revisionsangriffe jene Feststellungen als unabänderlich zu behandeln [vgl. RG. 4. Nov. 1881 Entsch. VI Nr. 115 S. 375 f., Vierhaus a. a. O. S. 234 ff.].

d) Entscheidend für den Umfang der Aufhebung ist die Urteilsformel des Revisionsurteils. Bei partieller Aufhebung kann das frühere Urteil bezüglich eines von mehreren Ansprüchen oder bezüglich eines Teils eines Anspruchs oder bei Widerklage bezüglich der Klage oder Widerklage oder bezüglich eines zu Zwischenurteil geeigneten selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsmittels aufrecht erhalten und dadurch der neuen Verhandlung und Entscheidung

entzogen werden. Immer fällt nur der Prozeßstoff, welcher von der Aufhebung betroffen ist, der neuen Verhandlung und Entscheidung anheim. Ist der durch Verwerfung des Rechtsmittels erledigte Prozeßstoff für die neue Entscheidung von Bedeutung, so ist das Beruf.-Ger. zwar nicht aus dem Grunde des § 528 Abs. 2, wohl aber, weil bezüglich jenes Rechtsstoffs rechtskräftig entschieden ist (arg. § 289), an die Entscheidung des Rev.-Ger. gebunden (vgl. nordd. Entw. § 826 Nr. 1). Soweit die Aufhebung reicht, steht die Sache prozessualisch nicht anders, als wenn eine neue Verhandlung in der Berufungsinstanz stattfände, ohne daß das aufgehobene Urteil dazwischen läge. Sind für diese Verhandlung gewisse prozessualische Vorgänge bindend oder gewisse Erklärungen nicht mehr zulässig (vgl. §§ 489, 490, 491 Abs. 2, 492, 494, 495) oder ist ein früheres Zwischenurteil nicht aufgehoben, so bestehen diese Beschränkungen auch für die neue Verhandlung. Im übrigen ist die Verhandlung unbeschränkt; namentlich können neue Angriffs- und Verteidigungs- sowie Beweismittel vorgebracht werden [vgl. RG. 11. Dez. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1122]. Die frühere, nicht vernichtete Beweisaufnahme behält ihre Bedeutung [vgl. RG. 4. Nov. 1881 Entsch. VI Nr. 115 S. 376 f., 29. Nov. 1881 SA. XXXVII Nr. 271]. Bei der Entscheidung hat der Richter, abgesehen von der ad b und c erörterten Gebundenheit, das Prozeßergebnis frei zu beurteilen; er kann insbesondere in diesem Stadium noch über die Zulässigkeit des ganzen Verfahrens entscheiden und (z. B. wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs) auf absol. ab inst. erkennen. — Ist nicht nur die Entscheidung, sondern auch das Verfahren ganz oder teilweise aufgehoben, so können die betroffenen Prozeßhandlungen (Geständnisse, Eideserklärungen, Beweisaufnahmen 2c.) bei der Entscheidung nicht benutzt werden. [Vgl. Vierhaus a. a. O. S. 236 ff.].

e) Das Beruf.-Ger. hat die Rechtsansicht des Rev.-Ger. seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, d. h. es hat so zu entscheiden, wie das Rev.-Ger. bezüglich des betreffenden Punktes entschieden haben würde, wenn es selbst erkannt hätte. Wurde das Urteil wegen eines Mangels im Verfahren aufgehoben, so sind in dem neuen Verfahren die zu Grunde liegenden Rechtsansichten des Rev.-Ger. zu befolgen [Beispiele s. RG. Entsch. IV S. 375 ff., VI S. 351 ff., VII S. 389]. Hat das Rev.-Ger. nur die Rechtsnorm fixiert, so fällt dem Beruf.-Ger. die Feststellung der Thatsachen und die Subsumtion derselben unter die Rechtsnorm zu. Hat das Rev.-Ger. bereits die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsnorm selbst vorgenommen, z. B. ausgesprochen, daß in dem gegebenen Fall das Gericht zuständig sei oder daß in dem gegebenen Fall eine Superfizies nicht ersessen sei, während die Frage, ob eine andere Servitut ersessen sei, unerledigt blieb [vgl. RG. VII S. 144 ff.], so ist diese Thatsachensubsumtion für das Beruf.-Ger. maßgebend. Aber auch nur die Subsumtion der vom Rev.-Ger. beurteilten Thatsachen; andere, insbesondere solche Thatsachen, welche in der Verhandlung nach der Zurückverweisung neu vorgebracht sind, unter den vom Rev.-Ger. aufgestellten Rechtssatz zu subsumieren, ist Sache des Beruf.-Ger. Das Verbot der reformatio in peius findet auf die Verhandlung entsprechende Anwendung. Deshalb kann, ohne daß ein Abänderungsantrag seitens des Berufungsbeklagten gestellt ist, das Urteil erster Instanz nicht zu seinen Gunsten geändert werden. Der Berufungskläger sowohl wie der Berufungsbeklagte können aber innerhalb des Prozeßstoffs, welcher durch das Aufhebungsurteil des Revisionsgerichts zur wiederholten Verhandlung verwiesen ist (s. o. litt. d), Anträge stellen, welche über die in der früheren Berufungsverhandlung gestellten hinausgehen; es kann insbesondere der Berufungsbeklagte, welcher sich in der früheren Verhandlung auf den Antrag, die Berufung zu verwerfen, beschränkt hatte, jetzt noch Änderungsanträge zu seinen Gunsten vorbringen. [So auch Struckmann a. a. O. S. 404 ff., RG. 20. Dez. 1882 Ztschr. f. d. CPr. VI S. 449; vgl. a. RG. 22. Dez. 1884 Entsch. XII Nr. 121 S. 409 ff. AM. Vierhaus a. a. O. S. 449 ff.,

welcher daraus, daß die zweite Verhandlung vor dem Beruf.-Ger. Fortsetzung der Rev.-Instanz ist, den Schluß zieht, daß Anschlußberufung nicht möglich sei. Der Schluß ist unrichtig, weil auch in der Rev.-Instanz noch Änderungsanträge gestellt werden dürfen, welche über die Berufungsanträge hinausgehen; vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 g. E. zu § 522.]

f) Das auf Grund der neuen Verhandlung ergangene kontradiktorische Urteil des Beruf.-Ger. unterliegt abermals der Revision. Abgesehen von anderen Gesetzesverletzungen kann die Revision insbesondere auch auf Verletzung des § 528 Abs. 2 gestützt werden. Das Rev.-Ger., an welches die Sache abermals gelangt, darf von seiner früheren Entscheidung nicht abgehen, m. a. W.: die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß die vom Rev.-Ger. früher ausgesprochene Rechtsansicht unrichtig sei [Vierhaus a. a. O. S. 246 ff.]. Dies folgt aus § 528 Abs. 2; die Gebundenheit des Berufungsgerichts hätte sonst keinen Zweck. [AM. Hellmann Jur. WSchr. 1882 S. 213 ff. und Lehrb. S. 755.]

g) Wird an die erste Instanz zurückverwiesen (s. o. Bem. Nr. 1), so finden die entwickelten Sätze auf die Verhandlung und Entscheidung dieser Instanz entsprechende Anwendung. Gegen das Endurteil findet Berufung statt. Auch für das Beruf.-Ger. gilt § 528 Abs. 2.

3. Zu Abs. 3 Nr. 1: Gelangt das Rev.-Ger. zu der Annahme, daß eine Rechtsnorm verletzt ist, so hat es in der Sache selbst zu entscheiden unter der doppelten Voraussetzung: daß erstens das von dem Beruf.-Ger. festgestellte Sachverhältnis nicht oder doch ohne Erfolg angegriffen und daß zweitens nach dem unverändert gebliebenen Sachverhältnis die Sache zur Endentscheidung reif ist.

Die erste Voraussetzung fehlt, wenn ein Gesetz bei der Feststellung des Sachverhältnisses (s. § 516 Nr. 3) verletzt ist. Das Rev.-Ger. kann in diesen Fällen niemals die Korrektur des unterrichterlichen Urteils selbst vornehmen; es hat die Verletzung des Gesetzes zu konstatieren, das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. Hat das Beruf.-Ger. eine thatsächliche Behauptung übergangen, welche nach dem Sitzungsprotokoll vorgebracht ward, so muß, falls dadurch die Revision begründet ist, zurückverwiesen werden, selbst wenn die Thatsache unbestritten war. Die Motive bemerken:

> „Es kann allerdings Fälle geben, in welchen die Ergänzung der Feststellungen durch Einfügung einer als omittiert nachgewiesenen Thatsache wenig bedenklich erscheinen mag, weil nur eine thatsächliche Auffassung derselben möglich zu sein scheint. Jedoch unter anderen Umständen kann selbst die Einfügung einer unbestrittenen und nicht bloß zu dem Gange des Verfahrens, sondern zu den Umständen des streitigen Falles gehörigen Thatsache ein weites Feld thatsächlicher Würdigung eröffnen, z. B. wenn die bezügliche Thatsache nicht unmittelbar und selbständig von Einfluß auf die Entscheidung ist."

Hat das Beruf.-Ger. eine thatsächliche Behauptung als unerweisbar angenommen, indem es die Eideszuschiebung oder -zurückschiebung als unzulässig erachtet, während das Rev.-Ger. die Eideszuschiebung oder -zurückschiebung für zulässig hält, so ist nicht vom Rev.-Ger. Eidesurteil zu erlassen, sondern die Sache ist zurückzuverweisen. Das Gleiche gilt von dem umgekehrten Fall, daß das Beruf.-Ger. durch bedingtes Urteil auf Eid erkannt hat und das Rev.-Ger. den Eid für unzulässig erachtet [vgl. v. Kries S. 341 ff.].

Die zweite Voraussetzung fehlt, wenn nach dem von Beruf.-Ger. festgestellten Sachverhältnis die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist. Endentscheidung ist nur das den Prozeß abschließende, nicht auch das bedingte Endurteil; das Rev.-Ger. kann kein bedingtes Endurteil erlassen. [So auch Struckm. Koch N. 4 Abs. 6, Wilm. Levy N. 5, Gaupp II S. 576, Petersen S. 763. Dagegen wird im U. d. RG. v. 19. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1117 beiläufig ein vom Rev.-Ger. erlassenes bedingtes Endurteil erwähnt, durch welches die Eidesformel des bedingten Urteils der ersten Instanz geändert wurde, und ausgesprochen, daß dessen Erledigung der ersten Instanz zufalle.] Wegen Mangels der Reife

zur Endentscheidung muß insbesondere dann zurückverwiesen werden, wenn eine als bestritten in dem Sachverhältnis des Berufungsurteils erwähnte Thatsache, welche von dem Beruf.-Ger. für unerheblich erachtet und daher weder als erwiesen noch als unerwiesen festgestellt ist, von dem Rev.-Ger. für erheblich erachtet wird. Das Rev.-Ger. kann nicht über die Wahrheit oder Unwahrheit dieser Thatsache entscheiden [vgl. v. Kries S. 343].

4. Zu Abs. 3 Nr. 2: Die Motive bemerken:

„Ist wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs eine sachliche Entscheidung des Rechtsstreits auch von dem Gerichte erster Instanz nicht zu geben, so würde die Enthaltung des Revisionsgerichts von der zu erlassenden, die Klage abweisenden Entscheidung und die Zurückverweisung der Sache keinen Zweck haben, da die anzuwendenden Rechtsnormen jede thatsächliche Erörterung ausschließen."

In diesen Fällen entscheidet das Rev.-Ger. in der Sache selbst, obwohl Mängel des Verfahrens vorliegen. Es macht keinen Unterschied, ob die Revision gegen ein Zwischenurteil oder gegen ein Endurteil gerichtet ist. Im einen wie im anderen Fall muß das Rev.-Ger. auf abs. ab inst. erkennen, wenn es die Zulässigkeit des Rechtswegs oder die Zuständigkeit verneint. — Verweisung an das zuständige Gericht (§§ 249, 467) kann vorkommen, wenn der Antrag auf Verweisung vor dem Beruf.-Ger. rechtzeitig gestellt war.

Die in Nr. 2 des § 528 aufgeführten zwei Fälle sind nicht die einzigen, in denen das Rev.-Ger., ohne das festgestellte Sachverhältnis anzutasten, mit Rücksicht auf Prozeßrechtsnormen, welche das Beruf.-Ger. nach Ansicht des Rev.-Ger. verletzt hat, ohne Zurückverweisung zur definitiven Entscheidung kommen könnte. Eine derartige Entscheidung ist überall möglich, wo das Berufungsgericht irrtümlich die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen oder die formale Zulässigkeit der Klage, des Einspruchs oder der Berufung als vorhanden angenommen hat. Da aber das Gesetz in Nr. 2 des § 528 zwei Fälle des Mangels von Prozeßvoraussetzungen besonders heraushebt, so entsteht der Zweifel, ob das Rev.-Ger. in den anderen Fällen, in denen es aus prozessualischen Gründen, entgegen der Ansicht des Beruf.-Ger., zur abs. ab inst., zur Verwerfung des Einspruchs oder der Berufung als unzulässig gelangt, ein abweisendes Urteil zu fällen oder die Sache zurückzuverweisen hat. Daß die Zurückverweisung zwecklos wäre, ist klar. Damit ist freilich noch nicht erwiesen, daß das Gesetz sie nicht gebieten könnte. Aber die Vorschrift der Nr. 1 des § 528 ergiebt, daß das Rev.-Ger. auch in jenen anderen Fällen die Sache selbst erledigen muß. In Nr. 1 ist nichts von einer Beschränkung auf die Fälle enthalten, in denen die Aufhebung wegen unrichtiger Anwendung des materiellen Rechts auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt; Nr. 1 umfaßt also auch die Fälle unrichtiger Anwendung des Prozeßrechts auf das festgestellte Sachverhältnis. Das Revisionsgericht muß daher selbst entscheiden, wenn auf das ordnungsmäßig festgestellte Sachverhältnis die Prozeßrechtsnormen unrichtig angewendet sind und die Endentscheidung auf Grund des festgestellten Sachverhältnisses erfolgen kann. Diese Auslegung der Nr. 1 kann nicht durch Hinweis auf die Worte „in der Sache" beseitigt werden. „In der Sache" ist nicht gleichbedeutend mit „in der Hauptsache". Nur der letztere Ausdruck bezeichnet den materiellrechtlichen, im Gegensatz zum prozeßrechtlichen Stoff des Prozesses. „In der Sache" bezeichnet hier den Gegensatz zur Aufhebung ohne positive Entscheidung. Allerdings ist bei dieser Auslegung die Nr. 2 eigentlich überflüssig. Sie behält nur deklarative Bedeutung, indem sie zwei der praktisch wichtigsten Fälle ausdrücklich so entscheidet, wie sie schon nach Nr. 1 zu entscheiden wären. [So auch Wilm. Levy N. 5, A. Förster N. 8b. AM. Struckm. Koch N. 5 Abs. 4, Wach Vortr. S. 214; wieder anders v. Kries Rechtsmittel S. 347. Das U. d. RG. 29. Sept. 1880 Entsch. II S. 399 verwirft eine vom Beruf.-Ger. als zulässig erachtete Berufung als unzulässig ohne Zurückverweisung unter Anführung von § 528 Abs. 3 Nr. 1 und stellt sich damit auf den hier vertretenen Standpunkt.]

5. Zu Abs. 4: Die Vorschrift hängt mit der Revisionsbeschränkung des § 511 zusammen. Nach dem Entw. war die Zurückverweisung obligatorisch. Durch den Beschl. d. JK. d. RT. wurde dem Rev.-Ger. die Wahl zwischen eigener Entscheidung und Zurückverweisung eröffnet. Es giebt Fälle, in denen ein klarer und unbestrittener Rechtssatz des nicht revisiblen Rechts anzuwenden ist; dann würden durch die Zurückverweisung nur unnötige Kosten entstehen (KPr. S. 271). Z. B.: Der Beklagte verteidigt sich mit der auf revisiblem Recht beruhenden Einrede x und mit der auf nicht revisiblem Recht (im Sinne des § 511 und der Kais. Verordn.) beruhenden Einrede y. Das Beruf.-Ger. hat die Einrede x für begründet erachtet, daher die Klage abgewiesen und die Einrede y, deren thatsächliche Grundlage im Urteile festgestellt ist, rechtlich nicht gewürdigt. Das Rev.-Ger. erachtet die Einrede x für nicht begründet. Die Einrede y ist aus dem nicht revisiblen Recht zu beurteilen. Ist letzteres Recht dem Rev.-Ger. bekannt, so kann das Rev.-Ger. selbst entscheiden. [Vgl. Wach Vortr. S. 214 f., v. Kries S. 348.]

6. Entscheidet das Revisions-Gericht selbst zur Sache, so ist das Verfahren über die Aufhebung des Urteils nicht von dem anderen Verfahren getrennt (Mot. S. 326 f.).

7. Wird die Revision verworfen, so ist der Revisionskläger in die Kosten zu verurteilen (§ 92 Abs. 1). Wird der Revision stattgegeben und entscheidet das Revisionsgericht in der Sache selbst, so hat es über die Kosten aller Instanzen nach den §§ 87, 88 zu entscheiden. Verweist das Revisionsgericht zurück, so bleibt die Entscheidung über die Kosten vorbehalten. Das Berufungsgericht hat dann über die Prozeßkosten, zu denen auch die Kosten der Revisionsinstanz gehören, zu entscheiden.

§ 529.

Die für die Berufung geltenden Vorschriften über die Anfechtbarkeit der Versäumnisurteile, über die Verzichtleistung auf das Rechtsmittel und die Zurücknahme desselben, über die Vertagung der mündlichen Verhandlung, über die Verhandlung prozeßhindernder Einreden, über die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels, über den Vortrag der Parteien bei der mündlichen Verhandlung und über die Einforderung und Zurücksendung der Prozeßakten finden auf die Revision entsprechende Anwendung.

Mot. S. 327, 328. KPr. S. 272, 559.

1. „Anfechtbarkeit der Versäumnisurteile" — s. §§ 474, 482 Abs. 2. Gemeint sind hier die Versäumnisurteile des Berufungsgerichts. Daß ein Versäumnisurteil erster Instanz zur Kognition des Revisionsgerichts nur gebracht werden kann, wenn das Berufungsgericht nach kontradiktorischer Verhandlung die Berufung verworfen hat, folgt aus § 500 Nr. 5. Auf die Revision gegen Versäumnisurteile finden die Bemerkungen Nr. 1—4 zu § 474 entsprechende Anwendung. Die in Bem. Nr. 1 Abs. 3 behandelte Frage ist für die Revisionsinstanz gegenstandslos, da hier neues thatsächliches Vorbringen des Beklagten unmöglich ist. Wegen Anfechtbarkeit der Versäumniszwischenurteile s. Bem. Nr. 3 zu § 474.

2. „Verzichtleistung" — s. § 475 nebst den Bemerkungen.

3. „Zurücknahme" — s. § 476 nebst den Bemerkungen.

4. „Vertagung der mündlichen Verhandlung" — s. § 486 nebst den Bemerkungen.

5. „Verhandlung prozeßhindernder Einreden" — s. § 490. Neu entstehen kann in der Revisionsinstanz nur die Kautionseinrede (§ 247 Nr. 5); darüber s. Bem. Nr. 1 zu § 103. Die in der Vorinstanz eingetretene Präklusion der damals schon vorhandenen

präklubierbaren Einreden dauert fort. Solche Einreden können in der Revisionsinstanz nicht nachgebracht werden, auch wenn die beklagte Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer stande war, dieselben in den früheren Instanzen vorzubringen; denn das Gesetz ist nicht verletzt, wenn eine derartige Einrede nicht vorgebracht und also nicht berücksichtigt ist. Nicht präklubierbare Einreden (s: Bem. Nr. 11 zu § 247) können auch in der Revisionsinstanz vorgebracht und mittels neuer Thatsachen begründet werden; denn bei diesen handelt es sich um von Amtswegen zu beachtende Mängel; die Nichtbeachtung ist Verletzung einer Prozeßrechtsnorm; zur Begründung solcher Verletzung sind neue Thatsachen zulässig (§ 524).

6. „Prüfung der Zulässigkeit" — s. § 497. Auch das Vorhandensein der Revisionssumme und die Revisibilität des verletzten Gesetzes sind als Voraussetzungen der Zulässigkeit von Amtswegen zu prüfen.

7. „Vortrag der Parteien" — s. § 488 nebst den Bemerkungen.

8. „Einforderung und Rücksendung der Prozeßakten" — s. § 506 nebst den Bemerkungen.

Dritter Abschnitt.

Beschwerde.

1. Über die einfache Beschwerde (querela simplex) des früheren Prozesses s. Wetzell § 61, Renaud §§ 192 f. Im Grundgedanken schließt sich die Beschwerde der CPrO. jener an. Über die Beschwerde der CPrO. s. v. Kries Rechtsmittel S. 376 ff., Barazetti die Rechtsm. der Berufung und der Beschwerde S. 192 ff.

2. Die Beschwerde ist das Rechtsmittel gegen Entscheidungen, welche nicht Endurteile sind. Gemeinsam ist allen Fällen der Beschwerde das negative Merkmal, daß es sich nicht um sachliche Entscheidung der Hauptsache handelt. Keineswegs ist die Beschwerde bei allen Entscheidungen, die nicht Endurteile sind, zulässig. — Die Motive S. 39 bemerken:

„Den Gegenstand der Anfechtung bilden verhältnismäßig unbedeutende Entscheidungen, welche nicht wohl in einer allgemeinen Gesetzesformel zusammengefaßt werden können. Während die übrigen Rechtsmittel nur sachliche Entscheidungen, welche nach vorgängiger mündlicher Verhandlung im Verhältnisse einer Partei zur andern ergangen sind, zum Gegenstand haben, fallen dem Gebiet der Beschwerde Entscheidungen anheim, welche entweder eine mündliche Verhandlung nicht voraussetzen oder einen Streit zwischen Parteien oder dritten Personen bezielen oder eine sachliche Entscheidung nicht enthalten. Nur ganz ausnahmsweise sind Entscheidungen, auf welche diese Kriterien nicht passen, dem Rechtsmittel der Beschwerde unterworfen, weil die untergeordnete Bedeutung der Entscheidungen die Anwendung der einfacheren Prozeßformen rechtfertigt."

Die Beschwerde geht zur höheren Instanz (§ 531). Sie hat regelmäßig keine aufschiebende Kraft; Ausnahmen: § 535 Abs. 1.

Das Gesetz unterscheidet einfache, d. i. unbefristete, und sofortige, d. i. befristete Beschwerde.

3. Die nach den Regeln der CPrO. zu behandelnde Beschwerde kommt außerhalb der CPrO. in folgenden Gesetzen vor: in KO. § 66 Abs. 3; in GKG. §§ 4 [dazu vgl. RG. verein. CS. 15. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 69 S. 291 ff.]; 16 Abs. 2, 47 Abs. 2, 48 Abs. 2, in GO. f. GV. § 22, GO. f. Z. u. Sachv. § 17 Abs. 3; in RAO. §§ 35 Abs. 2, 36 Abs. 2; in GO. f. RA. § 12 und in GVG. § 175 Abs. 2 in der Fass. d. RG. v. 5. April 1888 (RGBl. S. 133), wenn der Beschluß über Ausschließung der Öffentlichkeit im Civilprozesse erlassen ist.

Ferner finden sich die Beschwerde als Rechtsmittel gegen Ablehnung oder Gewährung der Rechtshülfe in GVG. § 160 und als Rechtsmittel gegen Ordnungsstrafen in GVG. § 183. Auf diese zwei letzteren Beschwerden finden die Bestimmungen der CPrO. nur, wenn sie durch ein civilprozessualisches Verfahren veranlaßt sind, und nur insoweit Anwendung, als nicht die cit. §§ Abweichungen enthalten. Landesgesetzlich finden die Vorschriften der CPrO. über Beschwerde vielfach in anderen Sachen Anwendung, z. B. preuß. AG. z. CPrO. §§ 5, 6, 28, 29, preuß. Hinterl.-Ordnung § 26, preuß. AG. z. KO. § 33, preuß. Subh.Ordn., bayer. AG. z. CPrO. Art. 56, 160.

4. Das Gesetz enthält keine Vorschriften über Verzicht auf die Beschwerde und über Zurücknahme derselben. Der nordd. Entw. (§ 831) verwies auf die entsprechenden Bestimmungen für die Berufung. Obwohl eine solche Verweisung im Gesetz nicht enthalten ist, so wird man die §§ 475, 476 auf die Beschwerde entsprechend anwenden dürfen. Die Beschwerde kann zu jeder Zeit — nicht bloß bis zur mündlichen Verhandlung des Gegners — ohne Einwilligung des Gegners zurückgenommen werden. Die Zurücknahme kann in jeder prozessualisch zulässigen Form erklärt werden; also mündlich in dem Verhandlungstermin, in einem dem Gegner zugestellten Schriftsatze und in den Fällen, wo protokollarische Erhebung der Beschwerde zugelassen ist (s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 532), auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Die Kosten muß derjenige tragen, der die Beschwerde zurückgenommen hat.

5. Über die Gebühren s. GKG. §§ 45 (3/10); GO. f. RA. § 41 Nr. 3 (3/10).

6. Eine Beschwerde wegen Justizverweigerung (querela de denegata vel protracta iustitia) — s. Wetzell § 61, Renaud § 193 — ist weder in der CPrO. noch im GVG. vorgesehen. Die in dieser Richtung nötigen Vorschriften sind als Bestandteile der Gerichtsdisziplin und Oberaufsicht der Landesgesetzgebung überlassen, soweit Landesgerichte in Frage kommen (KPr. S. 272, KPr. z. GVG. S. 144 ff.). Vgl. preuß. AG. z. GVG. § 85, bay. AG. z. GVG. Art. 73, 74, württ. AG. zu GVG. Art. 23, bad. Einf.Ges. vom 3. März 1879 §§ 17, 18. — Vgl. a. Reichsverf. Art. 77.

§ 530.

Das Rechtsmittel der Beschwerde findet in den in diesem Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen und gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen statt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist.

Mot. S. 39, 328, 329. KPr. S. 272, 559.

1. Gegen folgende Entscheidungen ist Beschwerde ausdrücklich als zulässig erklärt:

*1) Zurückweisung der Ablehnung einer Gerichtsperson oder eines Sachverständigen (§§ 46, 49, 371);

*2) Entscheidung eines Zwischenstreits einer Partei mit einem Nebenintervenienten, mit dem Anwalt des Gegners, mit einem Zeugen oder Sachverständigen (§§ 68, 126, 352, 367);

*3) Verurteilung von Gerichtsschreibern, gesetzlichen Vertretern, Bevollmächtigten und Gerichtsvollziehern zur Tragung von Kosten (§ 97);

*4) Festsetzung der einer Partei zu erstattenden Prozeßkosten (§ 99);

5) Versagung oder Entziehung des Armenrechts (§ 118);

6) Anordnung der Aussetzung (§ 229);

*7) Ablehnung des Aussetzungsantrags (§ 229);

*8) Berichtigung des Urteils (§ 290);

*9) Versagung des Versäumnisurteils (§ 301);

10) Verurteilung eines Zeugen oder Sachverständigen zu Strafe und Kosten, sowie Anordnung von Zwangsmaßregeln gegen dieselben (§§ 345, 355, 367, 374) oder gegen den Beklagten in Ehesachen (§ 579);

*11) Ablehnung des Antrags auf Entmündigung (§§ 604, 621) und Wiederaufhebung einer Entmündigung (§ 619);

*12) Zurückweisung eines Gesuchs um Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren (§ 639);

*13) Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren, welche ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können (§ 701);

*14) Entscheidung, durch welche ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung aufgehoben wird (§ 813 Abs. 4, 815);

*15) Versagung des Ausschlußurteils im Aufgebotsverfahren (§ 829).

Unter diesen Entscheidungen sind vier Zwischenurteile (ad 2), die Entscheidungen ad 10 sind Beschlüsse, wenn sie vom Prozeßgericht, Verfügungen, wenn sie vom beauftragten oder ersuchten Richter erlassen werden; die Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren (ad 13) sind teils Verfügungen, teils Beschlüsse; die übrigen Entscheidungen sind Beschlüsse.

In den mit * bezeichneten Fällen findet die **sofortige** Beschwerde statt.

2. Die Beschwerde findet ferner statt gegen solche eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen (Beschlüsse und Verfügungen), durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wird. Wenn der Entscheidung eine mündliche Verhandlung vorhergehen muß, so findet nicht Beschwerde statt, es wäre denn dieselbe ausdrücklich zugelassen (s. Bem. Nr. 1). Kann aber eine Entscheidung ohne vorherige mündliche Verhandlung erfolgen (s. Bem. Nr. 6 zu § 119), so ist die Beschwerde auch zulässig, wenn nach mündlicher Verhandlung entschieden worden ist. Die Entscheidung muß ergangen sein über ein Gesuch, welches das Verfahren betrifft [dazu vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 243 ff.]. Darin liegt keine Beschränkung; denn jedes Gesuch im Prozeß betrifft das Verfahren. Nur die Entscheidung, welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückweist, ist mit Beschwerde anfechtbar. Entscheidungen, welche derartigen Gesuchen stattgeben, sind nur anfechtbar, wenn sie unter Bem. Nr. 1 fallen. — Von der Regel, daß zurückweisende Entscheidungen der Beschwerde unterliegen, sind dann wieder die Entscheidungen ausgenommen, welche im Gesetz ausdrücklich als unanfechtbar bezeichnet sind. Das Verzeichnis derselben s. in Bem. Nr. 2 litt. a zu § 473.

3. Wird in der Berufungsinstanz eine Entscheidung erlassen, gegen welche nach § 530 Beschwerde eingelegt werden kann, so wird die Geltendmachung derselben nicht dadurch gehindert, daß das von dem Berufungsgerichte erlassene Endurteil durch ein Rechtsmittel nicht weiter anfechtbar ist (Mot. S. 329). Die Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte ist weder durch eine Beschwerdesumme bedingt, noch dadurch ausgeschlossen, daß es sich um eine Rechtsnorm handelt, deren Verletzung die Revision nicht begründen kann.

§ 531.

Über die Beschwerde entscheidet das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet, soweit nicht in derselben ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, eine weitere Beschwerde nicht statt.

Mot. S. 329, 330. KPr. S. 272, 559, 622, 623.

1. Zu Abs. 1: Die Landgerichte sind die Beschwerdegerichte in den vor den Amtsgerichten verhandelten Rechtsstreitigkeiten (GVG. § 71). Für die Beschwerde gegen Entscheidungen der Landgerichte sind die Oberlandesgerichte, für die Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte ist das Reichsgericht — und in den Fällen des EG. z. GVG. § 8 Abs. 1 das oberste Landesgericht — zuständig. Abweichende Kompetenzbestimmungen enthält das GVG. in §§ 160 und 183 Abs. 3 für die dort behandelten Beschwerden.

2. Zu Abs. 2: Litteratur: v. Völdernborff Ztschr. f. d. CPr. I S. 17 ff., Brettner eod. I S. 247 ff. u. V S. 492 ff., Fitting eod. II S. 284 ff., Schmidt eod. III S. 20 ff., v. Kries Rechtsmittel S. 376 ff., Barazetti a. a. O. S. 217 ff.

Im Entw. III war die Revision auf den Fall von sententiae difformes beschränkt (s. Bem. Nr. 1 zu § 508). Dazu stimmte die Vorschrift, daß weitere Beschwerde nur gestattet ist, wenn ein neuer selbständiger Beschwerdegrund in der Entscheidung des Beschwerdegerichts enthalten ist (Mot. S. 330). Für die Revision ist das Erfordernis der Difformität beseitigt, für die Beschwerde beibehalten.

a) Gegen die Entscheidung, durch welche die Beschwerde als formell unzulässig verworfen wird (§ 537), findet weitere Beschwerde statt; denn die Entscheidung steht sachlich mit dem früheren Beschwerdegrund in keinem Zusammenhang; sie enthält einen neuen selbständigen Beschwerdegrund. [So auch die Kommentare und v. Kries a. a. O. S. 396 ff., v. Völdernborff a. a. O. S. 24 ff., Brettner a. a. O. I S. 252, Schmidt a. a. O. S. 26, Barazetti a. a. O. S. 240 ff., sowie RG. 29. Apr. 1880 Entsch. I Nr. 156 S. 431, 3. Nov. 1880 SA. XXXVII Nr. 272, 8. März 1881 Entsch. IV Nr. 99 S. 362, 10. Dez. 1881 IV Nr. 124 S. 432, 30. Dez. 1882 XII Nr. 95 S. 355, 10. Aug. 1885 XIV Nr. 109 S. 388, 11. Dez. 1885 XV Nr. 107 S. 391, 10. Febr. 1886 XVI Nr. 71 S. 317, 20. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1150]. Wenn aber zwei die Beschwerde für unzulässig erklärende Beschlüsse vorliegen, ist Beschwerde zur vierten Instanz unstatthaft [RG. 10. Dez. 1881 Entsch. V Nr. 124 S. 432]. Ist weitere Beschwerde gegen eine die Beschwerde als unzulässig verwerfende Entscheidung ergriffen und erachtet das für die weitere Beschwerde zuständige Gericht die erste Beschwerde für zulässig, so hat dasselbe über letztere nicht selbst zu entscheiden, sondern bloß den Beschluß der Vorinstanz aufzuheben und diese anzuweisen, über die erste Beschwerde zu entscheiden [RG. 10. Aug. 1885 Entsch. XV Nr. 109 S. 389].

b) Wurde die Beschwerde als unbegründet verworfen, so liegen zwei konforme Entscheidungen vor. Daher ist weitere Beschwerde unstatthaft. Es kommt nicht darauf an, ob die Gründe der zwei Entscheidungen übereinstimmen [RG. 11. Nov. 1879 Entsch. I Nr. 81 S. 225, 10. Febr. 1886 XVI Nr. 71 S. 318, 4. Jan. 1887 XVII Nr. 92 S. 371, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 509; vgl. a. v. Völdernborff a. a. O. S. 22 ff., Fitting a. a. O. S. 290. AM. Brettner a. a. O. S. 351 und (wie es scheint) v. Kries a. a. O. S. 395 ff.]. Daher ist die weitere Beschwerde ausgeschlossen, wenn auch die erste Beschwerde zufolge neuen Vorbringens des Gegners verworfen wurde. Die Konformität kann eine partielle sein; dann ist, soweit die Konformität besteht, eine Abänderung durch weitere Beschwerde unerreichbar; z. B. das Amtsgericht setzt die Kosten auf 30 ℳ fest; das Landgericht setzt dieselben auf Beschwerde des Schuldners auf 20 ℳ herab; dann kann der Schuldner nicht weitere Abminderung unter 20 ℳ durch Beschwerde erreichen; der Gegner kann sich über die Herabsetzung beschweren. [Vgl. a. RG. 28. Apr. 1883 Entsch. XIV Nr. 88 S. 321, 16. Mai 1885 SA. XLI Nr. 76]. Ist die Entscheidung des Beschwerdegerichts, obwohl sie formell nur die Beschwerde verwirft, dem Beschwerdeführer inhaltlich ungünstiger, als die angefochtene Entscheidung, so ist weitere Beschwerde statthaft [vgl. RG. 11. Nov. 1879

Entsch. I Nr. 81 S. 223, 28. Jan. 1885 XIII Nr. 79 S. 320, 6. Febr. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1127, 10. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 71 S. 317 ff.]. — Aber auch gegen duae conformes findet weitere Beschwerde aus dem Grunde statt, daß in der Beschwerdeinstanz eine für die Entscheidung kausale Verletzung von Prozeßrechtsnormen stattgefunden habe. So z. B. wenn das Beschwerdegericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war; wenn bei der Entscheidung ein kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat; wenn das Gericht nicht zuständig war; wenn das Beschwerdegericht, entgegen der Vorschrift des § 533, neue Thatsachen oder Beweise zu berücksichtigen ablehnte [RG. 4. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 92 S. 371]; wenn das Beschwerdegericht die Würdigung eines vorgebrachten Beschwerdegrundes unterließ [RG. 20. Aug. 1887 Entsch. XVIII Nr. 100 S. 425 ff.] oder wenn das Beschwerdegericht nach Anordnung mündlicher Verhandlung (§ 536) die Beschwerde des nicht erschienenen Beschwerdeführers ohne sachliche Prüfung auf Grund der irrtümlichen Annahme verwarf, es sei der § 295 entsprechend anzuwenden. — Daß gegen eine Entscheidung des Beschwerdegerichts, welche eine Strafe nach GVG. § 179 verhängt, Beschwerde möglich ist, gehört nicht hierher. Die Strafverfügung ist selbständige Entscheidung, die Beschwerde dagegen erste Beschwerde. [Unrichtig v. Völdernndorff a. a. O. S. 23].

c) Wird die Beschwerde für begründet erachtet, so hat der Gegner das Recht zur weiteren Beschwerde. Es liegen sententiae difformes vor. Die abändernde Entscheidung ist neuer selbständiger Beschwerdegrund. [So auch die meisten Kommentatoren sowie v. Völderndorff a. a. O. S. 22, Brettner a. a. O. S. 247 ff., Fitting a. a. O. S. 284 ff., Barazetti a. a. O. S. 229 ff. und RG. 11. Nov. 1879 Entsch. I Nr. 82 S. 225, 5. Jan. 1880 I Nr. 84 S. 230; vgl. a. Entsch. I Nr. 86 S. 234 f., II Nr. 120 S. 414, IV Nr. 99 S. 362, V Nr. 124 S. 432, XIII Nr. 77 S. 312 ꝛc. AM. v. Sarwey I S. 714, Kleiner II S. 605, Hellmann Lehrb. S. 766. Gegen die von v. Sarwey und Kleiner aus dem württ. Prozeßrecht (PrO. § 777) entnommenen Argumente s. Gaupp II S. 589 Note.] Nur dann steht dem Gegner des Beschwerdeführers gegen die abändernde Entscheidung des Beschwerdegerichts keine Beschwerde zu, wenn er nach den Regeln des § 530 gegen eine Entscheidung des Inhalts, wie sie das Beschwerdegericht trifft oder anordnet, kein Beschwerderecht hat. Z. B.: ein Antrag auf Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis ist abgewiesen; der Antragsteller ergreift Beschwerde; das Beschwerdegericht giebt dem Antrag statt; der Gegner hat so wenig das Recht zur Beschwerde, als er dieses Rechtsmittel gegen die dem Antrage stattgebende Entscheidung der Vorinstanz gehabt hätte. Oder: ein Antrag auf Arrest ist abgewiesen; das Beschwerdegericht ordnet Arrest an; dagegen hat der Gegner sowenig die Beschwerde, wie gegen den Arrestbeschluß erster Instanz [RG. 18. Sept. 1885 Entsch. XIV Nr. 110 S. 391].

Wurden bei der Abänderung seitens des Beschwerdegerichts dem Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens auferlegt, so würde darin zwar ein neuer Beschwerdegrund gelegen sein; aber jede weitere Beschwerde ist durch § 94 ausgeschlossen [RG. 22. Sept. 1880 SA. XXXVI Nr. 80, 24. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 97 S. 340].

d) Hat in Folge der weiteren Beschwerde ein OLG. als Beschwerdegericht wiederum anders, als eine der Vorinstanzen entschieden, so steht gegen die Entscheidung des OLG. noch eine weitere Beschwerde zum Reichsgericht (obersten Landesger.) offen. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 589, Fitting a. a. O. S. 295, Barazetti a. a. O. S. 229 ff., RG. v. 5. Jan. 1880 Entsch. I Nr. 84 S. 230, 20. März 1880 I Nr. 86 S. 235, 3. Nov. 1880 IV Nr. 99 S. 360. Vgl. a. Mot. z. KO. S. 295. AM. Brettner a. a. O. I S. 247 ff., V S. 492 ff., v. Kries a. a. O. S. 397 ff., v. Amsberg Mecklenb. Verordn. z. A. d. RJG. S. 8]. Aber nur dann ist weitere Beschwerde gegen die Ent-

scheidung des OLG. zulässig, wenn diese auch von der Entscheidung des Amtsgerichts differiert; sonst liegen duae conformes vor [so auch Struckm. Koch N. 4 zu § 531, Barazetti S. 231 f., RG. v. 22. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 119 S. 414, 3. Nov. 1880 IV Nr. 99 S. 362, bay. o. LG. SA. XXXV Nr. 328 u. XLII Nr. 169]. Die Konformität der Entscheidungen der Vorinstanzen kann hier, wie im Falle ad b, eine teilweise sein; dann ist, soweit als Konformität vorliegt, eine Abänderung durch weitere Beschwerde zum RG. unerreichbar. [Vgl. Entsch. IV S. 362].

3. Abs. 2 des § 531 ist auf weitere Beschwerden in den Fällen des GKG. §§ 4, 16 anwendbar [RG. 19. April 1882 Entsch. VI Nr. 126 S. 410 ff.].

4. Ausgeschlossen ist jede weitere Beschwerde gegen den Beschluß des OLG. als Beschwerdegerichts im Falle des GVG. § 183. Der Schlußsatz des § 183 macht Entscheidungen der Oberlandesgerichte unanfechtbar [RG. 24. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 106 S. 386].

5. Wegen weiterer sofortiger Beschwerde s. Bem. Nr. 1 zu § 540.

§ 532.

Die Beschwerde wird bei dem Gerichte eingelegt, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist; sie kann in dringenden Fällen auch bei dem Beschwerdegerichte eingelegt werden.

Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift; die Einlegung kann auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen, wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgerichte anhängig ist oder anhängig war, wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird.

Mot. S. 330. KPr. S. 272, 559, 560.

1. Die Vorschrift, daß die Beschwerde regelmäßig bei dem iudex a quo einzulegen sei, hängt mit § 534 zusammen. Die Einlegung bei dem Beschwerdegericht ist für „dringliche Fälle" reserviert. Legt der Beschwerdeführer die Beschwerde bei dem Beschwerdegericht in einem Falle ein, welchen das Gericht nicht für dringlich erachtet, so kann das Beschwerdegericht entweder dem Beschwerdeführer die Beschwerde behufs Einreichung beim Untergericht zurückgeben oder die Beschwerde an das Untergericht leiten, damit dieses, sofern es nicht die Beschwerde nach § 534 erledigt, dieselbe mit den Akten wieder vorlege.

2. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken:

a) „Die Beschwerde wird nach § 532 Abs. 2 entweder durch eine Beschwerdeschrift oder in den dort zugelassenen Fällen zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt. Ersterenfalls ist die Beschwerdeschrift — weil für das Beschwerdegericht, also für ein Gericht höherer Ordnung bestimmt — nach der allgemeinen Regel des § 74 (nordd. Prot. III S. 1560) eine Anwaltsschrift."

Diese Bemerkung ist unrichtig oder doch ungenau. Die Beschwerdeschrift unterliegt dem Anwaltszwang stets, insoweit nicht alternativ neben der Einlegung durch Einreichung einer Beschwerdeschrift die Einlegung durch Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers gestattet ist; sie unterliegt dem Anwaltszwange nicht, auch nicht, wenn sie beim Beschwerdegericht eingereicht wird, insoweit die Einlegung durch Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers alternativ zulässig wäre (arg. § 74 Abs. 2) [So auch die Komment. bis auf v. Bülow N. 2 zu § 532, ferner Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 112 f. und RG. 17. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 103 S. 373 f., vgl. a. RG. 18. Dez. 1882 VI Nr. 122 S. 392, 16. Okt. 1882 XII Nr. 122 S. 403. Dagegen Rintelen Ztschr. f. d. CPr. XII S. 201 ff. mit unstichhaltigen Gründen].

Zugelassen ist die Einlegung durch Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers: α) wenn das civilprozessualische Verfahren — der Rechtsstreit in diesem Sinne —, auf welches die Beschwerde sich bezieht, bei einem Amtsgericht anhängig ist oder in erster Instanz anhängig war, m. a. W.: in jedem Verfahren, für welches in erster Instanz der Anwaltszwang nicht besteht (vgl. norbd. Entw. § 823 Abs. 3). Die auf solches Verfahren bezügliche Beschwerde kann auch, wenn sie gegen die Entscheidung eines höheren Gerichts eingelegt wird, zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden und unterliegt daher nie dem Anwaltszwang. [So auch alle Komment. bis auf Kleiner II S. 611]. Innerhalb des Vollstreckungsverfahrens, mit welchem in erster Instanz das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht befaßt ist oder war, ist die protokollarische Erklärung zulässig und daher die Beschwerdefrist in allen Instanzen vom Anwaltszwange befreit, auch wenn der Prozeß, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung erfolgt, Anwaltsprozeß war [vgl. RG. 30. Dez. 1882 Entsch. XII Nr. 95 S. 356 f.]. β) Wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft (§ 118). Aus diesem Grunde ist auch für die Beschwerde nach RAO. § 35 die Zulässigkeit protokollarischer Erklärung und folglich die Befreiung vom Anwaltszwang anzunehmen [RG. 18. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 122 S. 392]. γ) Wenn die Beschwerde von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird (s. Bem. Nr. 10 zu § 530). δ) in den Fällen der Beschwerde nach GKG. §§ 4, 16, 47 Abs. 2, 48, nach GO. f. GV. § 22 und GO. für Zeugen und Sachverst. § 17; nicht aber bei Beschwerde nach GO. f. RA. § 12 [RG. 19. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 116 S. 374]. — Vgl. noch wegen Anwaltszwangs für die Beschwerde im Kostenfestsetzungsverfahren Bem. Nr. 4 litt. c zu § 99.

Die weitere Beschwerde (§ 531) kann in denselben Fällen, wie die erste, zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden; auch sie unterliegt daher in diesen Fällen nicht dem Anwaltszwang.

b) Insoweit hiernach die Beschwerdeschrift dem Anwaltszwange unterliegt, muß die Beschwerdeschrift, wenn sie bei dem Gericht eingelegt wird, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben wird, von einem bei diesem Gericht zugelassenen Anwalt eingereicht werden; wird dagegen die Beschwerdeschrift bei dem Beschwerdegericht eingereicht, so muß sie von einem bei dem Beschwerdegericht zugelassenen Anwalt eingereicht werden. [So auch norbd. Prot. S. 1560, Gaupp II S. 591 ff., Petersen S. 771 f., RG. verein. Civilsen. 29. April 1880 Entsch. I Nr. 156 S. 431 ff., 11. Mai 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1146, 16. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 122 S. 403. AM. Struckm. Koch N. 4, A. Förster N. 4, Barazetti Rechtsm. S. 257, Herzog Mag. f. DR. I S. 175, Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 113]. Entspricht die Beschwerdeschrift nicht dem für sie geltenden Anwaltszwange, so ist dieselbe wegen formellen Mangels zu verwerfen.

Einlegung der Beschwerde durch Erklärung zum Sitzungsprotokoll ist nicht zugelassen (norbd. Prot. III S. 1155, Mot. S. 330). [AM. OLG. Stuttgart SA. XL Nr. 75].

3. Die Beschwerdeschrift und die protokollarische Erklärung muß die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung und die (irgendwie formulierte) Erklärung enthalten, daß die Beschwerde eingelegt werde. Es muß auch ersichtlich sein, nach welcher Richtung eine Änderung verlangt wird; genaue Formulierung eines Antrags ist aber nicht nötig [vgl. RG. 17. März 1887 SA. XLII Nr. 267]. Begründung des Antrags gehört nicht zum wesentlichen Inhalt der Beschwerdeschrift. Natürlich riskiert der Beschwerdeführer, welcher die Begründung unterläßt, daß das Gericht entscheidet, ohne seine Gründe zu erfahren; aber wenn das Verfahren thatsächlich Gelegenheit bietet, die Begründung nachzubringen (z. B. in mündl. Verhandlung) so ist solche nachträgliche Begründung zulässig. [Unrichtig v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 122]. Der Antrag kann in den Fällen der unbefristeten Beschwerde stets, in den

Fällen der sofortigen Beschwerde aber nur bis zum Fristablauf erweitert und verändert werden. Der Antrag des Beschwerdeführers bildet die Grenze der Kognition des Beschwerdegerichts. Eine reformatio in peius ist ohne gleichzeitige Beschwerde des Gegners unzulässig. Dies ergiebt sich sowohl aus der Analogie der anderen Rechtsmittel, wie aus dem Zusammenhang der Beschwerde mit der querela simplex des früheren gem. Prozeßrechts [vgl. RG. 14. März 1885 SA. XL Nr. 236].

4. Anschließung an die Beschwerde in dem Sinne, wie Anschließung an Berufung und Revision giebt es nicht. Der Gegner des Beschwerdeführers kann eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu seinen Gunsten nur erreichen, indem er selbst in Gemäßheit der §§ 532, 540 Beschwerde einlegt.

5. Über Einlegung der Beschwerde vor der Zustellung der angefochtenen Entscheidung an den Beschwerdeführer vgl. Bem. Nr. 2 zu § 540.

§ 533.

Die Beschwerde kann auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden.

Mot. S. 330. KPr. S. 272, 559, 560.

Vgl. § 491. Die Vorschrift gilt für die einfache wie für die sofortige, für die erste wie für die weitere Beschwerde [vgl. RG. 1. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 92 S. 337]. Auch der Gegner des Beschwerdeführers kann zum Zwecke der Aufrechthaltung der angefochtenen Entscheidung neue Thatsachen und Beweise vorbringen. Wenn das Beschwerdegericht die Berücksichtigung neuer Thatsachen oder Beweise ablehnte, ist weitere Beschwerde begründet [RG. 4. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 92 S. 371].

§ 534.

Erachtet das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, die Beschwerde für begründet, so haben sie derselben abzuhelfen; anderenfalls ist die Beschwerde vor Ablauf einer Woche dem Beschwerdegerichte vorzulegen.

Mot. S. 330. KPr. S. 272, 559, 560.

1. In der Beschwerde liegt zugleich eine Gegenvorstellung (remonstratio) an das Gericht oder den Vorsitzenden, dessen Entscheidung angefochten wird (Mot. S. 330). Der iudex a quo kann, falls er auf Grund erneuter Erwägung oder vorgebrachter nova die Beschwerde für begründet erachtet, die angefochtene Entscheidung von kurzer Hand zurücknehmen oder ändern. Er kann die Sache aufs neue untersuchen. Er kann, sofern er dies vor der ursprünglichen Entscheidung gekonnt hätte, fakultative mündliche Verhandlung anordnen oder auch dem Gegner Gelegenheit zu schriftlicher Äußerung gewähren.

2. Hilft der iudex a quo der Beschwerde vollständig ab, so ist dieselbe erledigt. Die abhelfende Entscheidung ist, wenn sie auf Grund fakultativer mündlicher Verhandlung erging, zu verkünden, außerdem den Beteiligten zuzustellen. Gegen die neue Entscheidung kann der Gegner die Beschwerde einlegen, wenn derselbe nach § 530 ein Beschwerderecht hat.

Hilft der iudex a quo der Beschwerde nicht ab, so hat er die Beschwerde nebst den betreffenden Aktenstücken dem Beschwerdegericht vorzulegen. Daß der Unterrichter bei der Vorlegung dem Beschwerdegericht Bericht erstatte, ist nicht vorgeschrieben, aber auch nicht ausgeschlossen (nordd. Prot. III S. 1556). Das Beschwerdegericht kann von dem iudex a quo thatsächliche Aufklärungen, nicht eine Rechtfertigung seiner Entscheidung verlangen (nordd. Prot. S. 1557). Die einwöchige Frist für die Vorlegung gehört zu den uneigentlichen Fristen

(s. Bem. Nr. 4 Ziff. II vor § 191); sie hat nur instruktionelle Bedeutung. Wird die Beschwerde dem Beschwerdegericht nicht vorgelegt, so kann der Beschwerdeführer die Aufsichtsbehörde des Gerichts angehen (vgl. Bem. Nr. 6 vor § 530).

3. Eine mittels sofortiger Beschwerde angegriffene Entscheidung kann vom iudex a quo nicht mehr geändert werden (s. Bem. Nr. 3 zu § 540).

§ 535.

Die Beschwerde hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen eine der in den §§ 345, 355, 374, 579, 619 erwähnten Entscheidungen gerichtet ist.

Das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, kann anordnen, daß die Vollziehung derselben auszusetzen sei.

Das Beschwerdegericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei.

Mot. S. 331. KPr. S. 272, 273, 559, 560, 712, 713.

1. Die Regel ist: die Beschwerde hat keine aufschiebende Kraft. Diese Regel gilt für die einfache und die sofortige Beschwerde. Die im Gesetze vorgesehenen Ausnahmen betreffen Strafverfügungen und Zwangsmaßregeln, aus deren sofortiger Vollstreckung ein irreparabler Nachteil erwachsen könnte. Zu den in Abs. 1 genannten Fällen tritt noch die Beschwerde gegen das nach § 352 Abs. 3 ergehende Zwischenurteil hinzu. Dies ergiebt sich aus § 355 Abs. 1, wonach gegen den Zeugen erst Strafe verhängt werden darf, wenn seine Weigerungsgründe rechtskräftig für unerheblich erklärt sind. Auch die Beschwerde gegen Entscheidungen nach GVG. §§ 180, 182 hat nach GVG. § 183 Abs. 2 aufschiebende Wirkung.

Auch in den Fällen, in denen die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat, ist bis zur Einlegung der Beschwerde die Vollstreckung der Entscheidung möglich (Ausnahme: § 355 Abs. 1); nach erfolgter Einlegung ist die begonnene Vollstreckung einzustellen, ohne daß es einer Anordnung nach Abs. 2 oder 3 bedarf.

2. In den Fällen, in denen die Beschwerde keine aufschiebende Kraft hat, kann der iudex a quo und der iudex ad quem nach diskretionärem Ermessen von Amtswegen oder auf Antrag anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei. Dadurch wird die Vollstreckbarkeit gehemmt. Einem Vollstreckungsversuche kann der Beschwerdeführer nach § 691 Nr. 2 entgegentreten.

Ferner kann das Beschwerdegericht vor der Entscheidung eine andere einstweilige Anordnung erlassen, z. B. die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung sei gegen Sicherheit einzustellen oder nur gegen Sicherheit fortzusetzen. Eine solche Anordnung ist keine einstweilige Verfügung im Sinne der §§ 814 ff. (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 814).

Die nach Abs. 2 oder 3 ergangenen Anordnungen treten mit der Entscheidung über die Beschwerde außer Kraft.

§ 536.

Die Entscheidung über die Beschwerde kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ordnet das Gericht eine schriftliche Erklärung an, so kann dieselbe in

den Fällen, in welchen die Beschwerde zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt werden darf, zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben werden.

Mot. S. 331. KPr. S. 273, 559, 560.

1. Über das Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. In den in Bem. Nr. 2 litt. a zu § 532 angeführten Fällen besteht auch für die mündliche Verhandlung kein Anwaltszwang. Außerdem müssen die Parteien, wenn sie in der mündlichen Verhandlung ihre prozessualischen Befugnisse ausüben wollen, durch einen beim Beschwerdegericht zugelassenen Anwalt sich vertreten lassen. — Im Beschwerdeverfahren können thatsächliche Erhebungen angestellt werden. Ein förmliches Beweisverfahren findet jedoch nicht statt. Glaubhaftmachung durch eidliche Versicherung ist nach Maßgabe des § 266 zulässig (Ausnahmen s. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 266), aber keine Eidesauflage durch bedingte Entscheidung. — Das Beschwerdegericht hat innerhalb der durch den Antrag des Beschwerdeführers gezogenen Grenzen zu entscheiden. Der Beschwerdeführer kann noch im Laufe des Beschwerdeverfahrens, also namentlich in der etwaigen mündlichen Verhandlung, neue Beschwerdegründe und thatsächliche Unterlagen derselben nachbringen, die er in der Beschwerdeschrift nicht bezeichnet hatte. [Unrichtig v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 122.] Das Beschwerdegericht kann der Beschwerde aus einem Grunde stattgeben, den der Beschwerdeführer nicht angeführt hat.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts braucht nicht mit Entscheidungsgründen versehen zu sein; denn die Entscheidung ist Beschluß. Der nordd. Entw. § 832 bestimmte, daß die auf die Beschwerde erlassene Entscheidung mit Gründen zu versehen sei. In den späteren Entwürfen kehrt die Bestimmung nicht wieder. Gleichwohl dürfte es kaum vorkommen, daß solche Entscheidungen ohne Gründe erlassen werden.

2. Zu Abs. 2: Vgl. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 532. Kann die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegeben werden, so ist auch schriftliche Erklärung ohne Anwalt zulässig. Sonst muß die Erklärung von einem bei dem Beschwerdegericht zugelassenen Anwalt ausgehen.

§ 537.

Das Beschwerdegericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Beschwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

KPr. S. 273, 559, 560, 711, 712.

Vgl. §§ 306, 497, 529, 552. Die Formalien sind: Statthaftigkeit (vgl. §§ 530, 531 Abs. 2), ordnungsmäßige Einlegung (§ 532), bei sofortiger Beschwerde Einhaltung der Notfrist (§ 540 Abs. 2). — Wegen der Kosten s. § 92.

§ 538.

Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so kann es demjenigen Gerichte oder Vorsitzenden, von welchem die beschwerende Entscheidung erlassen war, die erforderliche Anordnung übertragen.

Mot. S. 311. KPr. S. 273, 559, 560.

Ist die Beschwerde zulässig (vgl. § 537), so tritt das Beschwerdegericht in die materielle Prüfung ein. Wegen Begrenzung der Kognition durch die Anträge s. Bem. Nr. 3 zu § 532. — Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für unbegründet, so verwirft es dieselbe und entscheidet über die Kosten nach § 92. Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so muß es die beschwerende Entscheidung jedenfalls aufheben, hat aber

die Wahl, ob es die etwa notwendige Anordnung selbst erlassen oder dem Gericht bezw. dem Vorsitzenden, von welchem die beschwerende Entscheidung erlassen war, übertragen will. Letzteres empfiehlt sich insbesondere im Vollstreckungsverfahren. Der iudex a quo, welchem die Anordnung übertragen wird, ist gebunden an die der aufhebenden Entscheidung des Beschwerdegerichts zu Grunde liegende Beurteilung der Rechts- und der Thatfragen; denn der iudex a quo erläßt die Anordnung auf Anweisung des Oberrichters (vgl. Bem. Nr. 2 litt. e zu § 528). Wird dem Unterrichter die Anordnung übertragen, so muß sowohl der Aufhebungsbeschluß des Beschwerdegerichts wie die Anordnung des Unterrichters den Beteiligten nach § 294 zugestellt werden, sofern keine Verkündung stattfindet. Auch kann die Zustellung des nicht verkündeten Aufhebungsbeschlusses mit der Zustellung der neuen Anordnung des Unterrichters verbunden werden. — Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind in dem Falle, daß die Beschwerde begründet ist, als Bestandteil der Prozeßkosten zu behandeln, über welche nach den Regeln der §§ 87 ff., also regelmäßig nicht vom Beschwerdegericht, zu erkennen ist. Besondere Fälle: a) Im Zwischenstreit mit dritten (§§ 68, 126, 352, 367) sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem im Zwischenstreit Unterliegenden (der Partei, dem dritten) zur Last zu legen. Doch sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in dem Falle, daß ein Intervenient auf Beschwerde zugelassen ist, nach § 96 zu behandeln. b) Im Kostenfestsetzungsverfahren (§ 99) sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Partei aufzuerlegen, welche in diesem Verfahren unterliegt, oder sind nach § 88 aufzuheben oder zu teilen. c) Im Berichtigungsverfahren (§ 290) sind die Kosten der Partei aufzuerlegen, welche in der Hauptsache die Kosten zu tragen hat. d) Im Zwangsvollstreckungsverfahren und im Verfahren, welches Arreste und einstweilige Verfügungen betrifft (§§ 813, 815, 818), fallen die Kosten der Beschwerdeinstanz bei erfolgreicher Beschwerde dem unterliegenden Gegner zur Last. Bei teilweisem Unterliegen greift § 88 ein. e) Im Verfahren zur Sicherung des Beweises, im Mahnverfahren, im Entmündigungs- und im Aufgebotsverfahren fallen die Kosten erfolgreicher Beschwerde demjenigen zur Last, der die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. [Vgl. Altvater Arch. f. c. Pr. LXIII S. 431 ff.] — In diesen Fällen hat das Beschwerdegericht bei erfolgreicher Beschwerde über die Kosten zu entscheiden, wenn es die das betreffende Verfahren beendigende Entscheidung zur Sache erläßt. Diese Entscheidung muß in entsprechender Anwendung des § 279 Abs. 2 erfolgen, auch wenn kein Antrag gestellt ist. [AM. Altvater a. a. O. S. 438, welcher zur Verurteilung des Gegners in die Kosten einen Antrag des erfolgreichen Beschwerdeführers verlangt.]

§ 539.

Wird die Änderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers verlangt, so ist die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen.

Die Beschwerde findet gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts statt.

Die Bestimmung des ersten Absatzes gilt auch für das Reichsgericht.

Mot. S. 331, 332. KPr. S. 273, 559, 560.

1. Die Motive bemerken: „Der beauftragte und ersuchte Richter hat nur übertragene Rechte des Gerichts auszuüben; er ist daher neben den allgemeinen Regeln des Verfahrens an den Auftrag des Gerichts gebunden (§§ 326, 327, 331). Nur ausnahmsweise ist er ermächtigt — §§ 207, 330, 365 — zur Beschleunigung des Prozeßganges selbständig Entscheidungen zu treffen, welche übrigens unter Umständen der Berichtigung durch das Prozeßgericht unterliegen (§ 363 Abs. 2). Diesem prinzipiellen Gesichtspunkte entsprechend bestimmt der § 539, daß die Partei, welche die Änderung einer Anordnung des beauftragten oder ersuchten Richters verlangt, zunächst die Entscheidung des Prozeßgerichts ein-

zuholen hat, und daß die Beschwerde erst gegen die Verfügung des letzteren stattfindet. Der Grundsatz des § 539 ist ausdrücklich auf die von dem Gerichtsschreiber getroffenen Entscheidungen (§§ 271, 646, 662, 663, 669, 705) erstreckt, da dieser lediglich als Organ des Gerichts handelt, seine Amtshandlungen daher zunächst der Rektifikation durch das Gericht unterliegen, welche kurzer Hand herbeigeführt werden kann. Dagegen sind nach den §§ 532, 534, 535, 538 die Verfügungen des Vorsitzenden denen des Gerichts insofern gleichgestellt, als letzteres nicht als eine Instanz über den Vorsitzenden erscheint."

2. Das Gesuch um Änderung einer Entscheidung des beauftr. oder ers. Richters oder des Gerichtsschreibers ist außer den Fällen, wo eine solche Entscheidung nur mittels sofortiger Beschwerde anfechtbar ist (§ 540 Abs. 4), nicht an die Form der Beschwerdeeinlegung (§ 532) gebunden, kann daher sowohl in den Formen des § 532 wie auch in der mündlichen Verhandlung vor dem beauftr. oder ers. Richter oder vor dem Prozeßgericht vorgebracht werden. Hinsichtlich des Anwaltszwangs gelten die in Bem. 2 zu § 532 entwickelten Sätze. Obwohl die dort aufgeführten Ausnahmen dem Wortlaute des Gesetzes nach nur für die Einlegung der Beschwerde gelten, ist doch anzunehmen, daß das anstatt der Beschwerde in § 539 zugelassene Gesuch in Bezug auf den Anwaltszwang ebenso zu behandeln ist, wie die Beschwerde selbst. Aus § 74 Abs. 2 ergiebt sich ferner, daß das Abänderungsgesuch in der Verhandlung vor dem beauftr. oder ers. Richter stets ohne Anwalt vorgebracht werden kann. Der beauftr. oder ers. Richter sowie der Gerichtsschreiber kann seine beschwerende Verfügung abändern und dadurch das bei ihm eingereichte Gesuch erledigen; dies folgt daraus, daß jede Verfügung geändert werden kann (vgl. Bem. Nr. 1 vor § 272). — Wird das Änderungsgesuch nicht vom beauftr. oder ers. Richter oder vom Gerichtsschreiber von kurzer Hand erledigt, so muß eine Entscheidung des Prozeßgerichts ergehen. Dieselbe kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Die Entscheidung ist nach § 294 zuzustellen, wenn sie nicht verkündet ist.

Obwohl das Abänderungsgesuch keine Beschwerde ist, so kann doch das Prozeßgericht die vom beauftr. oder ers. Richter oder vom Gerichtsschreiber erlassenen Entscheidungen nur abändern, soweit dagegen nach den Regeln des § 530 Beschwerde zulässig ist [vgl. Wach I S. 332 bei N. 43]. Daher kann z. B. eine Verfügung des beauftr. oder ers. Richters, welche ein Gesuch um Terminsverlegung abweist oder bewilligt, oder die Bewilligung einer Ausfertigung seitens des Gerichtsschreibers, nicht vom Prozeßgericht geändert werden. Daß das Prozeßgericht an die vorläufige Entscheidung des beauftr. oder ers. Richters über die Zulässigkeit einer Frage an den Zeugen oder Sachverständigen nicht gebunden ist, obwohl dagegen keine Beschwerde zulässig wäre, folgt daraus, daß diese Entscheidung eine „vorläufige" ist (§ 365), hat aber mit § 539 nichts zu thun. [Gaupp II S. 600 und Petersen S. 776 lassen Abänderungsgesuche zu, auch wo Beschwerde nicht zulässig ist.]

Wegen Beschwerde in den Fällen, in denen der Gerichtsschreiber auf Anordnung des Vorsitzenden handelt, s. §§ 666, 669 nebst den Bemerkungen.

3. Ob die auf das Abänderungsgesuch ergangene Entscheidung des Prozeßgerichts mit Beschwerde anfechtbar ist, richtet sich nach § 530. Aus § 539 Abs. 2 darf nicht gefolgert werden, daß die Beschwerde stets zulässig wäre. — Die Beschwerde gegen die auf das Abänderungsgesuch ergehende Entscheidung des Prozeßgerichts ist erste (nicht weitere) Beschwerde, daher unabhängig von dem Erfordernis eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes [RG. 7. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 112 S. 385].

4. Zu Abs. 3: Abs. 1 gilt auch für das bayr. oberste Landesgericht.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. § 45 Abs. 2 und GO. f. RA. § 41.

6. Der § 539 findet keine Anwendung bei der in GO. f. Z. u. S. § 17 Abs. 3 zugelassenen Beschwerde. Die Beschwerde geht direkt zum übergeordneten Gericht [RG. 20. Nov. 1886 Entsch. XVII Nr. 87 S. 352 ff.]

§ 540.

Für die Fälle der sofortigen Beschwerde gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

Die Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, welche mit der Zustellung, in den Fällen der §§ 301 und 829 Abs. 3 mit der Verkündung der Entscheidung beginnt, einzulegen. Die Einlegung bei dem Beschwerdegerichte genügt zur Wahrung der Notfrist, auch wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird. Liegen die Erfordernisse der Nichtigkeits- oder der Restitutionsklage vor, so kann die Beschwerde auch nach Ablauf der Notfrist innerhalb der für diese Klagen geltenden Notfristen erhoben werden.

Das Gericht ist zu einer Abänderung seiner durch Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt.

In den Fällen des § 539 muß auf dem für die Einlegung der Beschwerde vorgeschriebenen Wege die Entscheidung des Prozeßgerichts binnen der Notfrist nachgesucht werden. Das Prozeßgericht hat das Gesuch, wenn es demselben nicht entsprechen will, dem Beschwerdegericht vorzulegen.

Mot. S. 332, 334. KPr. S. 273, 559, 560.

1. Die Fälle der sofortigen Beschwerde s. Bem. Nr. 1 zu § 530. Dieselben sind in der dortigen Zusammenstellung mit * bezeichnet. In den Fällen, in welchen die erste Beschwerde als „sofortige" einzulegen ist, gelten auch für die weitere Beschwerde die Regeln über sofortige Beschwerde. [RG. 8. November 1884 RG. Entsch. XV Nr. 127 S. 432].

2. Zu Abs. 2: Notfrist — s. Bem. Nr. 4 vor § 191 (S. 236). Die Notfrist beginnt mit der Zustellung seitens der Partei bzw. in den Fällen, in welchen die Entscheidung nach § 294 Abs. 3 von Amtswegen zuzustellen ist, mit der Zustellung von Amtswegen. Hat nach § 294 Abs. 3 Zustellung von Amtswegen an den Beschwerdeberechtigten zu erfolgen, so wird die Notfrist durch eine auf Betreiben der Partei erfolgte Zustellung nicht in Lauf gesetzt [RG. 11. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 104 S. 375. Dagegen Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 114 ff.]. Die sofortige Beschw. kann zweifellos in den zwei Fällen, in welchen die Notfrist von der Verkündung an läuft (§§ 301, 829 Abs. 2), vor der Zustellung der angefochtenen Entscheidung eingelegt werden. Meinungsverschiedenheit besteht über die Zulässigkeit der Einlegung der sofortigen Beschw. vor der Zustellung in den Fällen, wo die Notfrist erst von der Zustellung an läuft. Ist die mittels sofortiger Beschwerde anfechtbare Entscheidung verkündet, so folgt die Zulässigkeit der Beschwerdeeinlegung vor der Zustellung aus denselben Gründen, aus denen die Zulässigkeit des Einspruchs vor der Urteilszustellung anzunehmen ist (s. Bem. Nr. 2 zu § 304). [So auch RG. 21. Dez. 1883 SA. XXXIX Nr. 266; vgl. a. RG. 7. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 112 S. 386, wo sogar die eventuelle Einlegung der Beschwerde vor der Verkündung als zulässig behandelt ist. AM. Wilm. Levy N. 2 und Jur. WSchr. 1884 S. 240, Meyer (Stettin) Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 835 ff.] Einigermaßen anders liegt die Sache, wenn die angefochtene Entscheidung nicht verkündet und auch nicht ordnungsmäßig zugestellt, sondern (wie das ja vorkommt) durch formlose Aushändigung oder nicht ordnungsmäßige Zustellung an den Beschwerdeberechtigten gelangt ist. Man möchte gegen die Wirksamkeit der Einlegung einwenden, daß die anzufechtende Entscheidung, welche weder verkündet noch ordnungsmäßig zugestellt sei, noch gar keine rechtliche Existenz habe. [So Meyer (Stettin) Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 835, welcher darum die Einlegung für unwirksam hält. Vgl. auch Barazetti Rechtsm. S. 275: die Gültigkeit der Beschwerdeeinlegung sei in solchen Fällen davon abhängig, daß nach der Einlegung noch die

ordnungsmäßige Zustellung erfolge.] Der Einwand ist aber hinfällig. Die Entscheidung hat rechtliche Existenz von dem Zeitpunkte an, wo das Gericht sich derselben entäußert hat. Der Beschluß, welcher überhaupt noch nicht nach außen hin in Erscheinung getreten ist, ist Internum des Gerichts; aber der Umstand, daß die Art und Weise, wie das Gericht den Beschluß hinaus gelangen ließ, prozessualisch inkorrekt ist, ändert daran nichts, daß der Beschluß mit Willen der Richter die Grenze des Internum überschritten hat. Es ist daher kein Grund vorhanden, diese Fälle anders zu behandeln, als die Fälle der Verkündung. Die Einlegung der Beschwerde ist also zulässig, auch wenn der Beschluß auf Betreiben einer Partei anstatt von Amtswegen zugestellt [vgl. Entsch. III S. 375] oder wenn die Zustellung zwar von Amtswegen aber nicht ordnungsmäßig erfolgt ist, oder wenn überhaupt keine Zustellung sondern — inkorrekterweise — nur eine formlose Aushändigung an einen der Beteiligten stattgefunden hat. [So auch Schmidt Ztschr. f. d. CPr. IV S. 390 ff., Francke Mag. f. DR. II S. 210, Meyer (Erfurt) Ztschr. f. d. CPr. VII S. 71, RG. 21. Dez. 1883 SA. XXXIX Nr. 266. Andere Litteratur s. Bem. Nr. 2 zu § 304.]

Entscheidungen, welche der Beschwerde unterliegen, können mit der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§§ 541 ff.) überhaupt nicht angefochten werden; denn diese Klagen dienen nur zur Anfechtung von Endurteilen. Die Nichtigkeits- und Restitutionsgründe (§§ 542 und 543) können aber auch bei Entscheidungen, welche nicht Endurteile sind, zutreffen. Soweit gegen solche Entscheidungen die unbefristete Beschwerde statthaft ist, bedarf es keiner besonderen Bestimmung; die Nichtigkeits- und Restitutionsgründe können stets im Beschwerdeweg geltend gemacht werden. Soweit aber die Beschwerde befristet ist, bedurfte es der Fristerweiterung für den Fall, daß die Erfordernisse der Nichtigkeits- und Restitutionsklage gegeben sind. Diese Erweiterung wird mittels einer Art von gesetzlicher Inzidentrestitution durch den Schlußsatz des Abs. 2 gewährt. Die erweiterte Frist ist nach § 549 zu berechnen. [Vgl. v. Kries a. a. O. S. 404.]

3. Zu Abs. 3: Die vier mit sofortiger Beschwerde anfechtbaren Zwischenurteile (§§ 68, 97, 126, 352) sind schon vor der Einlegung der Beschwerde für den iudex a quo unabänderlich (§ 289). Dagegen können alle mittels sofortiger Beschwerde anfechtbaren Beschlüsse und Verfügungen von dem iudex a quo abgeändert werden bis zur Einlegung der Beschwerde. Von diesem Moment an werden sie für den iudex a quo unabänderlich. [So auch Wach Vortr. S. 97, Gaupp II S. 603, Hellmann Lehrb. S. 770. AM. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 6, Petersen S. 779, Altvater Arch. f. c. Pr. LXIV S. 468 ff. Die gegnerische Meinung scheitert an dem Wortlaut des Gesetzes. Die Abänderung durch den iudex a quo ist nicht ausgeschlossen, „wenn die Beschwerde an eine Notfrist gebunden ist" — wie es im nordd. Entw. § 824 hieß — sondern wenn die Verfügung „durch Beschwerde angegriffen" ist. „Verfügung" ist wohl nur durch Versehen statt „Entscheidung" gesetzt.]

4. Zu Abs. 4: Fälle der sofortigen Beschw. gegen Verfügungen eines beauftragten oder ersuchten Richters oder eines Gerichtsschreibers giebt es nicht. Die Bestimmungen des Abs. 4 beziehen sich auf die Fälle, in denen die nach § 539 zu provozierende Entscheidung des Prozeßgerichts der sofortigen Beschwerde unterliegt. Dies hat nur für das Zwangsvollstreckungsverfahren Bedeutung (§ 701). Das Gesuch um Entscheidung des Prozeßgerichts gilt hier zugleich als eventuelle Beschwerde gegen diese Entscheidung. Deshalb muß das Gesuch den Erfordernissen entsprechen, welche für eine Beschwerde gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts bestehen. Die Notfrist beginnt mit der Zustellung der Verfügung des beauftr. od. ers. R. oder des Gerichtsschreibers. Das Gesuch kann nur bei dem Prozeßgericht angebracht werden (nicht bei dem ers. od. beauftr. R., nicht bei dem höheren Gericht). Wann das Gesuch Anwaltsschrift sein muß, ergiebt Bem. Nr. 2 zu § 532.

Viertes Buch.

Wiederaufnahme des Verfahrens.

1. Die Motive bemerken: „Als außerordentliche Rechtsmittel werden von dem gemeinen Prozeßrechte die querela insanabilis nullitatis und die in integrum restitutio, von dem preußischen Rechte (AGO. I 16, VO. v. 14. Dez. 1833 § 28) die Nullitätsklage und die Restitutionsklage, von dem französischen Rechte (code de proc. art. 480 bis 504) die requête civile gewährt, während die neueren Prozeßgesetze und Entwürfe teils die Nichtigkeitsbeschwerde (Nichtigkeitsklage), teils die Wiederaufnahme des Verfahrens (Wiederaufnahmeklage) einräumen. Nur der preuß. Entw. §§ 686, 687 faßt alle in Betracht kommenden Fälle unter dem Rechtsmittel der Wiederaufnahmeklage zusammen. Wie die Motive S. 172, 173 zu demselben ergeben, verkennt er keineswegs, daß die Fälle innerlich verschieden sind, je nachdem die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils wegen absoluter Nichtigkeit oder aus Billigkeitsrücksichten gefordert werden kann, er hält aber dessenungeachtet die Zusammenfassung beider Arten von Fällen für gerechtfertigt, weil sie prozessualisch fast durchgängig denselben Grundsätzen folgen. Das Gesetz hat sich dem preußischen Entwurf angeschlossen. Es weicht zwar insofern ab, als es die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahrens nicht als ein Rechtsmittel betrachtet und die Nullitäts- und Restitutionsfälle wegen ihrer inneren Verschiedenheit als Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage auseinanderhält, allein diese Abweichungen bedingen keine erheblichen Abweichungen der Prozedur für beide Arten von Fällen — sie hindern nicht, daß fast sämtliche Prozeßnormen beiden Klagen gemeinsam sind, und gestatten daher die äußerliche Zusammenfassung beider unter der Wiederaufnahme des Verfahrens."

[Die „innere Verschiedenheit" der beiden Rechtsbehelfe bestreiten Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 122 ff. und v. Kries Rechtsm. S. 466 ff. Gewiß leidet das Urteil in den Fällen der Nichtigkeitsklage nicht an einem höheren Grad von Ungültigkeit, als in den Fällen der Restitutionsklage; folglich ist die Wirkung der Nichtigkeitsklage im Prinzip nicht stärker, als die der Restitutionsklage. In beiden Fällen besteht das Urteil, bis es von der anfechtenden Partei angefochten und durch ein neues Urteil umgestoßen wird. Wird die Korrektur nicht innerhalb der gesetzlichen Frist begehrt, so wird auch das mit Nichtigkeitsklage anfechtbare Urteil trotz seiner Mängel unanfechtbar [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 35 f.], es leitet deshalb irre, von „absoluter Nichtigkeit" zu reden. Aber ein innerer Unterschied zwischen den beiden Rechtsbehelfen besteht doch. Die Nichtigkeitsklage stützt sich auf Verstöße gegen Prozeßrechtsnormen, die Restitutionsklage auf Verletzungen des materiellen Rechts der Parteien. Dieser Unterschied tritt insbesondere darin hervor, daß die Nichtigkeitsklage begründet ist, auch wenn das Urteil sachlich gerecht war, während die Restitutionsklage nur unter der Voraussetzung stattfindet, daß eine materielle Ungerechtigkeit in dem Urteile enthalten ist. Die in den Mot. zum preuß. Entw. S. 172 enthaltene Bemerkung, die Nicht-

Klage sei Ausfluß des ius strictum, die Rest.-Klage sei prätorischer Natur und Institut der aequitas, trägt zur Charakteristik der Klagen wenig oder nichts bei.

Die Nicht.- und die Rest.-Klage werden vom Gesetze nicht „Rechtsmittel" genannt, gehören aber zu den Rechtsmitteln im weiteren Sinne (vgl. Bem. Nr. 2 S. 559).

2. Die Wiederaufnahme des Verfahrens hat keinen Suspensiveffekt (vgl. § 647).

3. Das Gesetz enthält keine Bestimmung über Verzicht auf die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage. Verzicht vor Erlassung des Urteils ist nach der Art der Nichtigkeits- und Restitutionsgründe als wirkungslos zu erachten, auch wenn der Verzicht vereinbart wurde. Dagegen ist Verzicht nach Erlassung des Urteils sowohl als vereinbarter wie als einseitiger wirksam; dies folgt aus der rechtsmittelähnlichen Natur der Wiederaufnahmeklagen (vgl. Bem. Nr. 2 S. 559) sowie aus der gesetzlichen Bestimmung, daß die Befugnis zur Erhebung dieser Klagen durch Nichtgebrauch innerhalb gewisser Fristen erlischt. [Vgl. Planck I S. 316, Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 307, Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 289 N. 22.] Auf die Erklärung des Verzichts findet Bem. Nr. 2 zu § 475 entsprechende Anwendung. Die Wirkung des Verzichts ist Verlust der Wiederaufnahmebefugnis. Über Zurücknahme der erhobenen Klage s. Bem. Nr. 1 zu § 548.

4. In Bezug auf die Gebühren wird das Wiederaufnahmeverfahren als neuer Prozeß gegenüber dem durch das Urteil abgeschlossenen behandelt.

5. Von Wiederaufnahme des Verfahrens handelt v. Kries Rechtsmittel S. 466 ff.

§ 541.

Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahrens kann durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage erfolgen.

Werden beide Klagen von derselben Partei oder von verschiedenen Parteien erhoben, so ist die Verhandlung und Entscheidung über die Restitutionsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage auszusetzen.

Mot. S. 333, 334. KPr. S. 275, 559.

1. „Endurteil" — s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 472. Auch das bedingte Endurteil kann durch Nicht.- und durch Rest.-Klage angefochten werden, obwohl es das Verfahren nicht abschließt. Ob die in Bezug auf Rechtsmittel den Endurteilen gleichgestellten Urteile (s. Bem. Nr. 1 litt. c zu § 472, zu den dort aufgeführten kommt noch das Urteil nach § 502) durch Nicht.- und Rest.-Klage selbständig anfechtbar sind oder erst bei einer gegen das nachfolgende Endurteil zu erhebenden Nicht.- oder Rest.-Klage als Vorentscheidungen in Betracht kommen, ist nicht zweifellos, da die Nicht.- und Rest.-Klage nicht Rechtsmittel heißen. Für die selbständige Anfechtbarkeit spricht, daß der preuß. Entw., welchem das Wiederaufnahmeverfahren der CPrO. nachgebildet ist, die Nicht.- und Rest.-Klage „Rechtmittel" hieß und in seinem § 594 einen Teil der fraglichen Urteile ausdrücklich als selbständig anfechtbar aufführte. Auch wird durch § 546 das Bedürfnis nach der selbständigen Anfechtbarkeit solcher Urteile jedenfalls nicht ganz beseitigt, da nach § 546 Anfechtungsgründe gegen derartige Urteile, wollte man sie als Vorentscheidungen betrachten, mit Wiederaufnahmeklage gegen das nachfolgende Urteil nicht geltend gemacht werden könnten, wenn jene von einer höheren Instanz erlassen sind, was nach § 500 vorkommen kann. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, Stein Urk.-Proz. S. 298. AM. A. Förster N. 3.] Versäumnisurteile sind nach Ablauf der Einspruchsfrist mit Nicht.- und Rest.-Klage anfechtbar. Rest.-Klage gegen ein Versäumnisurteil ist nur aus § 543 Nr. 4, 5, 7 möglich; die Restitutionsgründe § 543 Nr. 1, 2, 3, 6 können dabei nicht vorkommen [v. Kries a. a. O. S. 471].

2. „Rechtskräftiges" Endurteil s. § 645. Solange ein mit Einspruch oder Berufung anfechtbares Urteil noch nicht ordnungsmäßig zugestellt ist, ist es nicht rechtskräftig, kann daher nicht mit Nicht.- und Rest.-Klage angegriffen werden [RG. 10. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 110 S. 362]. Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 549.

3. Wer zur Erhebung der Nicht.- und Rest.-Klage berechtigt ist, ergiebt sich aus entsprechender Anwendung der Bem. Nr. 2 zu § 472. — Die Prozeßvollmacht erstreckt sich kraft Gesetzes auf das Wiederaufnahmeverfahren (§ 77). Wegen Zustellung der Klage s. § 163.

4. Zu Abs. 2: Die Aussetzung erfolgt von Amtswegen nach mündlicher Verhandlung. Nach rechtskräftiger Entscheidung über die Nicht.-Klage kann das Restitutionsverfahren von jeder Partei betrieben werden. Von Amtswegen wird nicht Termin bestimmt.

§ 542.

Die Nichtigkeitsklage findet statt:

1) wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;
2) wenn ein Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft des Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs oder eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist;
3) wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;
4) wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

In den Fällen Nr. 1, 3 findet die Klage nicht statt, wenn die Nichtigkeit mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte.

Mot. S. 334, 335. KPr. S. 275, 276, 560.

Litteratur: Skedl die Nichtigkeitsbeschwerde in geschichtlicher Entwickelung (Leipzig 1886) und Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIV S. 81 ff.

1. Zu Nr. 1: Vgl. § 513 Nr. 1 und Bem. Nr. 2 dazu. Hat eine weder vom Staat als Richter bestellte noch zum Schiedsrichter berufene Persönlichkeit (z. B. ein Betrüger, der sich für den Richter ausgiebt) eine Prozeßentscheidung sich angemaßt, so liegt kein Urteil vor. Rechtsmittel und Wiederaufnahme sind nur gegen ein von der staatlich eingesetzten Gerichtsbehörde ausgehendes Urteil möglich. Wegen Anfechtung von Schiedssprüchen vgl. § 867. Würde auf Grund der Prozeßentscheidung eines Unberufenen die Vollstreckung oder die exc. rei iudicatae versucht, so könnte der Einwand, daß ein Urteil überhaupt nicht existiere, erhoben werden (Mot. S. 335).

2. Zu Nr. 2: Vgl. § 513 Nr. 2 und Bem. Nr. 3 dazu. — Die Möglichkeit, den Ausschließungsgrund mittels eines Ablehnungsgesuchs oder eines Rechtsmittels geltend zu machen, schließt die Nicht.-Klage nicht aus (KPr. S. 276). Nur wenn die Frage, ob ein Ausschließungsgrund vorliegt, negativ entschieden ist, ist die Klage versagt. Diese Entscheidung hindert auch den Gegner der Partei, welche den Ausschließungsgrund geltend machte, an der Nicht.-Klage (Mot. S. 335).

3. Zu Nr. 3: Vgl. § 513 Nr. 3 und Bem. Nr. 4 dazu.

4. Zu Nr. 4: Vgl. § 513 Nr. 5. Die Bem. Nr. 6 zu § 513 findet hierher entsprechende Anwendung. Vgl. ferner Bem. Nr. 2 und 3 zu § 54, Bem. Nr. 3 und 4 zu § 84,

und Bem. Nr. 3 zu § 549. Aus dem Nichtigkeitsgrunde Nr. 4 des § 542 können sowohl kontradiktorische wie Versäumnisurteile, welche ein falsus procurator erwirkt hat, und zwar nur von Seite der nicht vertretenen Partei, nicht auch von Seite des Gegners angefochten werden. Die Nicht.-Klage kann nicht darauf gestützt werden, daß die Ladung dem Kontumazierten nicht ordnungsmäßig zugestellt sei [RG. 10. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 110 S. 361 f. AM. Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 17 ff.].

Auf den Mangel der Aktiv- oder Passivlegitimation zur Sache oder auf Verletzung des Grundsatzes des wechselseitigen Gehörs kann die Nichtigkeitsklage nicht gestützt werden. [Im letzteren Punkte ist a. M. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 436. Dagegen Struckm. Koch Nr. 6, Wilm. Levy Nr. 4, Petersen S. 784, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 737].

5. Zu Abs. 2: Der Abs. 2 wurde in der JK. d. RT. eingefügt und folgendermaßen begründet:

„Darüber, ob einer der in Nr. 1 und 3 angegebenen Nichtigkeitsgründe vorliege, könne sich die Partei schon zur Zeit der Verkündung des Urteils vergewissern. Sofern ihr also gegen letzteres ein Rechtsmittel zustehe, d. h. gegenüber den Urteilen der Amtsgerichte, der Landgerichte in erster Instanz und der Oberlandesgerichte, möge sie den Fehler innerhalb der Rechtsmittelfrist rügen. Ein Grund, ihr dazu die lange Frist der Nichtigkeitsklage zu gewähren, liege nicht vor. Die unter Nr. 2 und 4 angeführten Mängel dagegen könnten leicht erst nach Ablauf der Rechtsmittelfristen der Partei bekannt werden."

Es ist nicht klar, ob hiernach die Nicht.-Klage aus den Gründen Nr. 1 und 3 nur stattfindet, wenn das Urteil überhaupt nicht durch ein Rechtsmittel anfechtbar ist, oder auch dann, wenn zwar ein Rechtsmittel zulässig war, die Partei aber wegen unverschuldeter Unkenntnis des Nichtigkeitsgrundes denselben nicht mittels des Rechtsmittels geltend machen konnte. Die obige Begründung des neu eingefügten Satzes scheint für die erstere Auslegung zu sprechen. Daß die Fassung des Abs. 2 nicht dem § 545 nachgebildet ist, würde gleichfalls in diesem Sinne zu verwerten sein, wenn sicher wäre, daß die Abweichung keine zufällige ist. Aber der Gesetzestext ist damit schlecht vereinbar. Man kann nicht sagen, daß die Nichtigkeit mittels eines Rechtsmittels „geltend gemacht werden konnte", wenn sie der Partei ohne deren Verschulden nicht bekannt war. [So auch Struckm. Koch Nr. 7, Gaupp II S. 609 f., A. Förster Nr. 6, Hellmann Kom. II S. 481 und Lehrb. S. 774, v. Kries S. 473 ff. AM. v. Sarwey I S. 725, Wilm. Levy Nr. 5, Petersen S. 784.] — Daß der Nichtigkeitsgrund durch Einspruch hätte geltend gemacht werden können, schließt die Nicht.-Klage nicht aus; denn Einspruch ist kein Rechtsmittel im Sprachgebrauche der CPrO.

6. Die Nichtigkeitsgründe des § 542 können gegenüber einem rechtskräftigen Urteil weder durch gewöhnliche Feststellungsklage noch durch Einrede oder Replik geltend gemacht werden. Das folgt aus dem rechtsmittelartigen Charakter dieser Klagen, sowie aus den Bestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit für diese Klagen (§ 547) und den wenn auch nicht zahlreichen Besonderheiten des Verfahrens. [Vgl. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 129 ff.]

7. Nur aus den in § 542 aufgezählten Gründen kann ein rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt werden. Unzuständigkeit, Unzulässigkeit des Rechtswegs, Versagung des rechtlichen Gehörs sind keine Nichtigkeitsgründe.

§ 543.

Die Restitutionsklage findet statt:

1) wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Urteil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;

2) wenn eine Urkunde, auf welche das Urteil gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht war;
3) wenn durch Beeidigung eines Zeugnisses oder eines Gutachtens, auf welche das Urteil gegründet ist, der Zeuge oder der Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
4) wenn das Urteil von dem Vertreter der Partei oder von dem Gegner oder dessen Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte Handlung erwirkt ist, welche mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
5) wenn ein Richter bei dem Urteile mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
6) wenn ein strafgerichtliches Urteil, auf welches das Urteil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urteil aufgehoben ist;
7) wenn die Partei
   a) ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urteil, oder
   b) eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde.

Diese Bestimmung kommt in dem unter b bezeichneten Falle nicht zur Anwendung, wenn das angefochtene Urteil darauf beruht, daß auf Grund einer Eidesleistung des Gegners die betreffende Thatsache oder deren Gegenteil für bewiesen erachtet ist.

Mot. S. 335–337. KPr. S. 276–278, 560.

1. Die Restitutionsfälle teilen sich in zwei Gruppen. Die erste Gruppe (Nr. 1—5) enthält Fälle, in denen strafbare Handlungen unterlaufen sind. Für diese gilt § 544. In den Fällen der Nr. 1—4 muß die strafbare Handlung für das angefochtene Urteil kausal sein, d. h. es ist erforderlich, daß ohne die strafbare Handlung nicht so entschieden worden wäre, wie entschieden ist. Im Falle der Nr. 5 wird Kausalität der strafbaren Handlung für die Entscheidung nicht verlangt. Die zweite Gruppe (Nr. 6 und 7) enthält Fälle, in denen Nova eine nochmalige Prüfung der Entscheidung rechtfertigen.

2. Zu Nr. 1: „Parteieid" — zugeschobener, zurückgeschobener Eid (§§ 410, 413), richterlicher Eid (§ 437), eidliche Versicherung zur Glaubhaftmachung (§ 266), Editionseid (§ 391) — geleistet von der Partei, einem gesetzlichen Vertreter, einem Nebenintervenienten (§ 414) oder einem dritten (§ 415). Der Offenbarungseid (§§ 711, 769) gehört nicht hierher, weil auf dessen Leistung kein Urteil gegründet sein kann. — Dem Eid steht die nach § 446 zulässige Beteuerungsformel gleich. Einschlägig sind die §§ 153, 163 des StGB. — Der Eid muß in dem betreffenden Prozesse geleistet sein. Das angefochtene Urteil muß auf der Eidesleistung beruhen; dabei ist der Eid als Ganzes zu betrachten, es ist nicht zwischen den einzelnen Sätzen zu unterscheiden [vgl. RG. 21. Nov. 1883 Entsch. XIV

Nr. 89 S. 324 f.]. — Ist der Eid auf Grund eines bedingten Endurteils geleistet, so ist die Rest.-Kl. nicht gegen das bedingte Urteil, sondern gegen die s. purificatoria zu richten. Nur diese ist aufzuheben, wenn die Rest.-Kl. begründet erscheint; das bedingte U. bleibt bestehen [RG. 16. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 119 S. 383. AM. Jastrow Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 386 ff.]; es kann aber bei wissentlicher Verletzung der Eidespflicht die Zu- und Zurückschiebung des Eides widerrufen (§ 432) oder, wenn das bedingte Urteil einen richterlichen Eid auferlegte, Antrag auf Zurücknahme dieses Eides gestellt (§ 439 Abs. 2) und dadurch die in § 433 vorgesehene Prozeßlage herbeigeführt werden. Regelmäßig wird die Bezugnahme auf das Strafurteil gegen den Schwurpflichtigen genügen, um den Beweis zu Gunsten seines Gegners als erbracht anzunehmen. Auch kann aus der Wiederaufnahmeverhandlung sich die Eidesweigerung ergeben [RG. Entsch. X S. 385].

3. Zu Nr. 2: Vgl. StGB. §§ 267—269, 271. Es ist gleichgültig, ob die Gegenpartei oder ein dritter die Fälschung vorgenommen hat und ob die Partei, welche die Urkunde vorlegte, die Fälschung kannte oder nicht. Doch setzt die Restitutionsklage einen strafbaren Thatbestand voraus (arg. § 544); es muß also, abgesehen von dem Falle des § 271 des StGB., jemand — sei dies die Partei oder ein dritter durch die gutgläubige Partei als Werkzeug — von der Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht haben.

4. Zu Nr. 3: Vgl. StGB. §§ 154, 155, 166. Die Nr. 3 deckt auch die Fälle, in denen ein im Verfahren zugezogener Dolmetscher falsch gedolmetscht hat (Mot. S. 136). Wegen unbeeidigten falschen Zeugnisses findet keine Restitutionsklage statt (KPr. S. 276).

5. Zu Nr. 4: Vgl. C. de proc. art. 480. Beispiele: Verleitung zum Falscheid (StGB. § 160), Nötigung des Gegners zu Geständnis, Verzicht, Anerkenntnis (StGB. § 240), Betrug (StGB. § 263), Untreue (StGB. § 266), Prävarikation (StGB. § 356) u. s. w. — Bloßes Disziplinarvergehen ist kein Restitutionsgrund (Mot. S. 337). Vertreter ist, wer als gesetzlicher Vertreter oder als Prozeßbevollmächtigter bei der Prozeßführung beteiligt war.

6. Zu Nr. 5: Vgl. StGB. §§ 334, 335, 339, 348. Liegt eine strafbare Handlung des Richters vor, so ist der Nachweis eines Kausalzusammenhangs dieser Handlung mit dem Urteil nicht erforderlich. (Die Mot. S. 336 sagen ungenau: der Zusammenhang sei hier stets als vorhanden anzunehmen.) — Bloßes Disziplinarvergehen des Richters ist kein Rest.-Grund. Daß der bestrafte Richter nicht bei Entscheidung über die Restitutionsklage mitwirken darf, erklären die Mot. S. 337 als „selbstverständlich“.

7. Zu Nr. 6: Die Motive bemerken: „Nach dem Gesetz ist zwar dem im Strafverfahren ergehenden Urteil, sowohl dem verurteilenden als dem freisprechenden, keine bindende Kraft für den Civilprozeß beigelegt worden (s. EG. § 14 Nr. 1); es ist aber dessen ungeachtet davon auszugehen, daß die Thatsache der Verurteilung oder Freisprechung im Strafverfahren ein sehr bedeutendes Moment für die Begründung der Überzeugung des Richters im Civilprozeß bilden wird. Ist ein im Strafverfahren ergangenes Urteil im Civilprozesse vorgebracht, so läßt sich aus dem darauf ergehenden Urteil entnehmen, ob dasselbe auf jenes Urteil gegründet ist. Ist dies der Fall, dann erfordert die Gerechtigkeit die hier angeordnete Restitution.“

Der Rest.-Grund Nr. 6 trifft sowohl dann zu, wenn das zu Grunde liegende strafgerichtliche Urteil rechtskräftig war und im Wiederaufnahmeverfahren (StPrO. § 339) beseitigt wurde, wie auch dann, wenn der Civilrichter sein Urteil auf ein noch nicht rechtskräftiges Urteil des Strafgerichts gründete, welches zufolge Rechtsmittels aufgehoben ward.

8. Zu Nr. 7: Die Motive bemerken: „Die Nr. 7 regelt die restitutio propter noviter reperta. Dieselbe ist gegen das französische Recht (C. de proc. art 480 Nr. 10) im Anschlusse an das gemeine (vgl. Wetzell S. 687) und das preußische Recht (AGO. I 16 § 17) ohne Rücksicht auf einen dolus des Gegners zugelassen. Den Urkunden sind ausdrücklich früher erlassene rechtskräftige Urteile beigezählt und gleichgestellt, da deren

Auffinden dieselbe Rücksicht wie das Auffinden anderer Urkunden verdient; die ermittelte Existenz eines widersprechenden Urteils involviert die Versäumung der exceptio rei iudicatae. Die Einschränkung der Nr. 7b für den Fall der erfolgten Eidesleistung beruht darauf, daß der durch die Eidesleistung geführte Beweis, gleichviel ob der geleistete Eid ein Wahrheitseid oder ein Überzeugungseid ist, nur durch Restitution gemäß Nr. 1 angefochten werden kann (§ 428 Abs. 2). Den Urkunden stehen neu aufgefundene Zeugen nicht gleich, weil Urkunden sowohl für den Beweis, als auch für die Ermittelung der zu beweisenden Thatsachen eine hervorragende Bedeutung haben. Ebensowenig ist das Entdecken neuer Thatsachen geeignet, eine Wiederaufnahme des einmal zum Abschluß gekommenen Rechtsstreits zu begründen."

Zu Nr. 7a: Das aufgefundene Urteil muß geeignet sein, die exceptio oder replica rei iudicatae zu begründen, es muß also de eadem re und (abgesehen von den Fällen der ausnahmsweisen Erstreckung der Rechtskraft auf dritte) unter denselben Parteien oder ihren Rechtsvorgängern ergangen sein. Die Restitution ist auch zulässig, wenn das neu aufgefundene Urteil sich auf einen Präjudizialpunkt bezieht, welcher in dem angefochtenen Urteil nur in den Entscheidungsgründen entschieden ist. Auf ein ausländisches Urteil kann die Rest.-Klage gestützt werden, wenn es im Inlande die exc. rei iud. begründet (vgl. Bem. Nr. 8 zu § 661).

Zu Nr. 7b: Die Urkunde muß geeignet sein, für sich allein oder in Verbindung mit den Beweisergebnissen des früheren Verfahrens eine günstigere Entscheidung für den Restitutionskläger herbeizuführen [so auch RG. 7. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 97 S. 321, 5. Juli 1886 XVI Nr. 107 S. 438]; es genügt nicht, daß die Urkunde in Verbindung mit erst zu erhebenden Beweisen eine günstigere Entscheidung herbeizuführen geeignet wäre [RG. 12. Dez. 1883 Entsch. XIV Nr. 90 S. 329 ff.] Die Beweisführung über die Echtheit der Urkunde und über die Zeit ihrer Ausstellung ist nicht beschränkt [RG. 5. Juli 1886 Entsch. XVI Nr. 107 S. 436]. Es ist nicht verlangt, daß die Urkunde mit gesetzlicher Beweiskraft ausgestattet sei. Der nordd. Entw. § 856 und der Entw. I § 493 verlangten eine „vollbeweisende" Urkunde. Dieses Erfordernis ist in den späteren Entwürfen beseitigt. — Daß die Thatsache, welche durch die Urkunde erwiesen wird, in dem früheren Verfahren schon vorgebracht wurde, ist nicht erforderlich. Es kann z. B. auf Grund einer neu aufgefundenen Quittungsurkunde Restitution verlangt werden, selbst wenn die Zahlung früher gar nicht behauptet worden war. Im hann. Entw. § 626 Nr. 6 (vgl. hann. Prot. XI S. 3939 f.) war allerdings bestimmt, daß die neu aufgefundene Urkunde zum Beweise einer von dem Restitutionskläger in dem früheren Verfahren rechtzeitig vorgebrachten Thatsache dienen müsse, aber die späteren Entwürfe ließen diese Beschränkung fallen. Die nordd. Prot. S. 1611 wie die Motive zu Entw. III ergeben nur, daß die Restitution nicht lediglich wegen neu aufgefundener Thatsachen ohne neu aufgefundene Urkunden unstatthaft sein soll. — Die Restitution ist auch möglich, wenn die Urkunde zum Beweise der Unwahrheit einer vom Gegner behaupteten Thatsache dient. War diese Thatsache vom Restitutionskläger in dem früheren Verfahren gerichtlich zugestanden, so müssen die Voraussetzungen des § 263 vorhanden sein.

9. Andere Restitutionsgründe als die in § 543 aufgeführten kennt das Gesetz nicht. Auch die restitutio contra sententiam propter minorem aetatem ist beseitigt.

§ 544.

In den Fällen des vorhergehenden Paragraphen Nr. 1—5 findet die Restitutionsklage nur statt, wenn wegen der strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist, oder wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen, als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann.

Der Beweis der Thatsachen, welche die Restitutionsklage begründen, kann durch Eideszuschiebung nicht geführt werden.

Mot. S. 337, 338. KPr. S. 278, 279, 560.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Wenn die im Strafverfahren erfolgende Verurteilung wegen einer der als Restitutionsgrund dienenden strafbaren Handlungen (§ 543 Nr. 1—5) für den Richter im Civilverfahren auch nicht bindend ist (s. EG. § 14 Nr. 1), so kann doch ohne Inkonsequenz die außerordentliche Rechtshülfe der Restitution von einer solchen Verurteilung der Regel nach abhängig gemacht werden. Denn unter allen Umständen ist es ein unerwünschter Zustand, daß im Civilverfahren über eine strafbare Handlung gestritten wird, zu deren Feststellung das zunächst dafür bestimmte Strafverfahren nicht ausreicht. Auch ist die dem Civilrichter nach dem strafgerichtlichen Urteile belassene Freiheit der Beurteilung eine mehr prinzipielle als thatsächliche, und ein Auseinandergehen der Urteile kann nur unter besonderen Umständen erwartet werden. Die Verurteilung ist aber nur als Regel festgehalten. Ist dieselbe wegen äußerlicher, hinzugetretener Umstände, wegen Abwesenheit, Tod, Verjährung, später eingetretener Unzurechnungsfähigkeit unmöglich geworden, so würde es den Anforderungen der Gerechtigkeit widersprechen, deshalb die Restitution auszuschließen."

Die Restitution kann auch auf Grund ausländischen Strafurteils verlangt werden; denn das inländische und das ausländische Strafurteil stehen der Würdigung des Civilrichters gleich gegenüber (vgl. a. nordd. Prot. S. 1615). [AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 544 für den Fall, daß das ausländ. U. gegen einen Deutschen erging, wegen StGB. § 5 Nr. 3. Aber die strafrechtliche Wirkungslosigkeit des ausländischen Urteils ist hier wohl ohne Bedeutung.]

2. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Der Ausschluß des Beweises der Restitutionsgründe durch Eideszuschiebung wird durch die Natur dieser Gründe geboten." Der wahre Grund des Ausschlusses der Eideszuschiebung liegt darin, daß die thatsächliche Unterlage des Rest.-Grundes von Amtswegen zu prüfen ist (§ 552). Auch den Erben der ursprünglichen Partei kann zum Beweise des Rest.-Grundes der Eid nicht zugeschoben werden. Richterlicher Eid ist zuläßig. [Zu den beiden letzten Sätzen vgl. RG. 21. Nov. 1883 Entsch. XIV Nr. 89 S. 322 ff.] Eideszuschiebung bezüglich der die Nicht.-Klage begründenden Thatsachen ist zwar nicht ausdrücklich ausgeschlossen, aber wegen der Offizialprüfung (§ 552) gleichfalls als unzuläßig zu erachten.

§ 545.

Die Restitutionsklage ist nur zuläßig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außer stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittels Anschließung an eine Berufung geltend zu machen.

Mot. S. 338. KPr. S. 279, 560.

1. Nach § 545 ist die Rest.-Kl. subsidiär gegenüber dem Einspruch, der Berufung und der Anschlußberufung. Durch Revision können Restitutionsgründe nach der Natur dieses Rechtsmittels nicht geltend gemacht werden. [Vgl. RG. 17. Nov. 1883 Entsch. XI Nr. 92 S. 367.]

2. „Ohne ihr Verschulden." Eine Versäumung, welche in dem Verschulden eines Vertreters ihren Grund hat, wird als eine unverschuldete nicht angesehen (§ 210 Abs. 2).

3. Der Restitutionskläger muß darthun, daß er ohne sein Verschulden außer stande war 2c. 2c. Auch die Wahrheit der Umstände, aus welchen hervorgehen soll, daß der Rest.-Kläger ohne sein Verschulden außer stande war 2c. 2c., unterliegt der Offizialprüfung (§ 552).

§ 546.

Mit den Klagen können Anfechtungsgründe, durch welche eine dem angefochtenen Urteile vorausgegangene Entscheidung derselben oder einer unteren Instanz betroffen wird, geltend gemacht werden, sofern das angefochtene Urteil auf dieser Entscheidung beruht.

Mot. S. 338, 339. KPr. S. 279, 560.

1. Die Motive bemerken: „Wie die Vorschrift der §§ 473, 510, so erstreckt der § 546 die Anfechtung auf die dem Endurteile vorausgegangenen Entscheidungen. Das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhangs des Endurteils mit denselben entspricht den bei der Revision angenommenen Grundsätzen. Es ist für die Restitutionsgründe bereits aus § 543 zu entnehmen, für die Nichtigkeitsgründe aber noch nicht ausgesprochen; es wird von Bedeutung, wenn eine vorausgegangene Entscheidung in Folge veränderter Lage der Sache oder veränderter Auffassung derselben oder durch die erneute Verhandlung der Sache in der Berufungsinstanz ihre Bedeutung verloren hat.

Die Beschränkung auf Anfechtungsgründe, welche Entscheidungen derselben oder einer unteren Instanz betreffen, ist notwendig, weil in den höheren Instanzen Urteile ergehen können, welche keine Entscheidung in der Sache selbst geben, aber doch für das demnächst in der unteren Instanz ergehende Urteil maßgebend sind, so daß dieses auf denselben beruht. In diesem Falle ist, wenn der Anfechtungsgrund das Urteil der höheren Instanz betrifft, die Anfechtung unmittelbar gegen dieses und nicht gegen das in der Sache selbst ergangene Urteil der unteren Instanz zu richten, welches letztere dann durch die Aufhebung des ersteren mitbetroffen wird."

2. Unter den vorausgegangenen Entscheidungen sind nicht Urteile zu verstehen, welche nach § 541 selbständig mit Nicht.- oder Rest.-Klage angefochten werden können (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 541).

§ 547.

Für die Klagen ist ausschließlich zuständig: das Gericht, welches in erster Instanz erkannt hat; wenn das angefochtene Urteil oder auch nur eines von mehreren angefochtenen Urteilen von dem Berufungsgerichte erlassen wurde, oder wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil auf Grund des § 543 Nr. 1—3, 6, 7 angefochten wird, das Berufungsgericht; wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil auf Grund der §§ 542, 543 Nr. 4, 5 angefochten wird, das Revisionsgericht.

Sind die Klagen gegen einen Vollstreckungsbefehl gerichtet, so gehören sie ausschließlich vor das Amtsgericht, welches den Befehl erlassen hat; wenn der Anspruch nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, vor das für den Rechtsstreit über den Anspruch zuständige Gericht.

Mot. S. 339, 340. KPr. S 269, 560.

1. § 547 bestimmt die sachliche Zuständigkeit und den Gerichtsstand für die Nicht.- und die Rest.-Klage. Zuständigkeit und Gerichtsstand sind ausschließlich. Die Klagen können weder durch Vereinbarung noch durch Prorogation an ein anderes Gericht gebracht werden.

2. Zu Abs. 1: I. In dem Rechtsstreit hat nur die erste Instanz geurteilt. Dann ist das Gericht erster Instanz für die Wiederaufnahmeklage zuständig.

II. In dem Rechtsstreit haben zwei Instanzen geurteilt. a) Das Beruf.-Ger. hat die Berufung als unzulässig verworfen (§ 497). Dann unterliegen die Urteile beider Instanzen selbständiger Anfechtung. Das eine Urteil kann nicht aus Gründen angefochten werden, welche nur das andere betreffen, und wenn nur eines angefochten wird, so ist es in der Instanz anzufechten, in welcher es erlassen ist. Zur Verhütung gleichzeitiger Verhandlung

in zwei Instanzen schreibt jedoch die CPrO. vor, daß im Falle der Anfechtung beider Urteile (aus demselben Grunde oder aus verschiedenen Gründen) die Berufungsinstanz beide Klagen an sich zieht (Mot. S. 340). [Teilweise anders v. Kries S. 492 N. 271.] b) Das Ber.-Ger. hat das Urteil erster Instanz aufgehoben, aber nicht selbst in der Sache erkannt, sondern nach § 500 oder § 501 zurückverwiesen, die erste Instanz hat das Endurteil gefällt. Die Sache steht, wie im Fall ad a. Betrifft der Anfechtungsgrund das Urteil des Beruf.-Ger., so ist dieses durch Klage beim Beruf.-Ger. anzufechten. Betrifft der Anfechtungsgrund das zweite Urteil der ersten Instanz, so ist die Klage bei der ersten Instanz zu erheben. Werden beide Urteile aus demselben Grunde oder aus verschiedenen Gründen angefochten, so ist die Klage beim Beruf.-Ger. zu erheben. c) Das Beruf.-Ger. hat die Berufung für zulässig erachtet und in der Sache selbst bestätigend oder abändernd erkannt. Dann ist die Klage gegen das zweitinstanzielle Urteil zu richten. Zuständig ist das Beruf.-Ger. (Mot. S. 339). [Vgl. OLG. Hamburg SA. XLI. Nr. 251.]

III. In dem Rechtsstreit haben drei Instanzen geurteilt. a) Das Revis.-Ger. hat die Revision als unzulässig verworfen (§ 529 cf. § 497). Dann unterliegen die Urteile des Beruf.- und des Revis.-Ger. selbständiger Anfechtung. Jedes ist in der Instanz anzufechten, in welcher es erlassen ist. Werden beide Urteile angefochten, so ist im Gesetz eine vis attractiva des einen oder anderen Gerichts nicht vorgesehen. Es ist also gesondertes Verfahren in den zwei Instanzen möglich. b) Das Revis.-Ger. hat das Urteil des Beruf.-Ger. aufgehoben, aber nicht selbst in der Sache erkannt, sondern zurückverwiesen, und das Beruf.-Ger. hat zum andernmal in der Sache erkannt. Dann ist zu unterscheiden: α) Der Anfechtungsgrund betrifft nur das zweite Urteil des Beruf.-Ger. Dann ist dieses Urteil allein anzufechten. Zuständig ist das Beruf.-Ger. β) Der Anfechtungsgrund betrifft das Urteil des Revis.-Ger. Zuständig ist das Revis.-Ger. [AM. v. Kries S. 492 N. 271]. Für den Fall, daß einer der letztangeführten Gründe zur Anfechtung des Revis.-Urteils und auch ein Grund zur Anfechtung des zweitinstanziellen Urteils vorliegt, ist keine vis attractiva des Revis.-Ger. vorgesehen. c) Das Revis.-Ger. hat die Revision als unbegründet verworfen. Die Anfechtung ist gegen das Revis.-Urteil zu richten. Zuständig ist das Revis.-Ger. Aber auch gegen das durch die Verwerfung der Revision rechtskräftig gewordene Urteil des Beruf.-Ger. ist selbständige Anfechtungsklage möglich, wenn das letztere Urteil durch den Anfechtungsgrund betroffen wird. Für diese Klage ist das Berufungsgericht zuständig (Mot. S. 340). [Vgl. RG. 6. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 117 S. 395, 22. Dez. 1885 XV Nr. 106 S. 389.] d) Das Revis.-Ger. hat abändernd in der Sache selbst erkannt. Die Anfechtung ist gegen das Revis.-Urteil zu richten. Stützt sich die Klage auf § 542 oder § 543 Nr. 4 oder 5, so ist das Revis.-Ger. zuständig. Stützt sich die Klage auf § 543 Nr. 1—3, 6 oder 7, so ist das Beruf.-Ger. zuständig. Diese Verschiebung der Zuständigkeit rechtfertigen die Motive folgendermaßen:

> „Auch das Revis.-Urteil, welches eine anderweite Entscheidung in der Sache selbst giebt, hat das Urteil des Beruf.-Ger. nicht völlig beseitigt, sondern dessen Entscheidung über die rein thatsächlichen Fragen des Rechtsstreits unberührt gelassen. Deshalb müssen die Restitutionsgründe, welche lediglich eine bestimmte Ergänzung oder Berichtigung des Sachverhältnisses bezwecken, auch dann in der Berufungsinstanz angebracht werden, wenn das Revisionsurteil, weil ein anderes überhaupt nicht vorhanden ist, formell das allein anfechtbare ist."

e) Mehrere Teilurteile sind in Bezug auf die Wiederaufnahmeklagen ebenso selbständig, wie bezüglich der Rechtsmittel, müssen also einzeln angefochten werden. Die Zuständigkeit für die eine Klage wird durch die Zuständigkeit für die andere nicht berührt. Wird ein erstinstan-

zielles Teilurteil und ein zweitinstanzielles Urteil über einen anderen Teil aus demselben Grunde oder aus verschiedenen Gründen angefochten, so gehört die eine Klage vor die erste, die andere vor die zweite Instanz. [AM. v. Kries S. 495. Aber die „mehreren angefochtenen Urteile" des § 547 sind nur unter- und übergeordnete Urteile über denselben Anspruch.] Gehören zwei Klagen gegen zwei Teilurteile zu derselben Instanz, so können sie verbunden werden.

3. Zu Abs. 2: Die Zuständigkeit für die Klagen zur Anfechtung eines Vollstreckungsbefehls richtet sich nach der Zuständigkeit, welche im Falle des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl für die Hauptsache eingetreten sein würde (§§ 636, 637).

4. Existiert zufolge veränderter Organisation das Gericht nicht mehr, welches nach den vorstehenden Erörterungen für die Wiederaufnahmeklage zuständig wäre, so ist dasjenige Gericht zuständig, welchem der Bezirk des aufgehobenen Gerichts zugeteilt ist. Ist der Bezirk zerlegt, so wird das Gericht zuständig, welchem der für den Gerichtsstand des Prozesses maßgebende Ort zugeteilt ist. § 36 Nr. 1 ist nicht anwendbar. Dagegen kommt § 36 Nr. 1 zur Anwendung, wenn für eine Klage nach § 542 Nr. 2 das Amtsgericht zuständig ist und derselbe Amtsrichter über die Klage aburteilen müßte.

§ 548.

Auf die Erhebung der Klagen und das weitere Verfahren finden die allgemeinen Vorschriften entsprechende Anwendung, sofern nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich eine Abweichung ergiebt.

Mot. S. 340. KPr. S. 279, 560.

1. Die allgemeinen Vorschriften — nämlich für das Verfahren bei dem Gericht und in der Instanz, wo die Klage zu erheben ist. Aus den allgemeinen Vorschriften ergiebt sich die Zulässigkeit der Zurücknahme der Klage und des Verzichts auf das Klagerecht. Aber wegen der rechtsmittelähnlichen Natur der Wiederaufnahmeklage kann die Zurücknahme der Klage nicht bloß die Tilgung der Rechtshängigkeit (§ 243), sondern muß wie der Verzicht den Verlust der Klage bewirken [vgl. Planck I S. 316]. Der Kläger ist daher nach Zurücknahme der Klage wie nach Verzicht auf Antrag des Beklagten mit der Klage kostenpflichtig abzuweisen (arg. §§ 277, 476 Abs. 3). Aus dem Zusammenfallen von Zurücknahme und Verzicht sowie aus der Unmöglichkeit einer Anschließung folgt dann weiter, daß die Zurücknahme einer Wiederaufnahmeklage ohne Einwilligung des Beklagten auch nach der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache möglich ist. Die bezüglich der Statthaftigkeit der Klagen eintretende Offizialprüfung (§ 552) schließt ein Anerkenntnis des Beklagten mit der Wirkung des § 278 im iudicium rescindens aus.

2. Die Anwendbarkeit der Regeln über das Versäumnisurteil (§§ 295 ff.) wird in den Motiven (S. 340) als selbstverständlich bezeichnet. Bei Versäumnis des Wiederaufnahmeklägers ergiebt sich aus § 295, daß der Kläger mit der Wiederaufnahmeklage abzuweisen ist. Ist der Wiederaufnahmebeklagte nicht erschienen, so ist zu unterscheiden zwischen der Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme (iudicium rescindens) und der Entscheidung über die Hauptsache (iudicium rescissorium). Das auf das iudicium rescindens bezügliche thatsächliche Vorbringen des Wiederaufnahmeklägers wird von der Versäumnisfolge des § 296 nicht getroffen, weil Offizialprüfung Platz greift (§ 552). Ergiebt sich, daß die Klage unzulässig oder nicht begründet ist, so muß sie trotz dem Ausbleiben des Wiederaufnahmebeklagten abgewiesen werden. Dieses Urteil ist nicht Versäumnisurteil; denn es beruht nicht auf Versäumnisfolge. Ist aber die Klage zulässig und begründet, dann treten in Bezug auf die Hauptsache (im iudicium rescissorium) je nach der Parteistellung des ausgebliebenen Wiederaufnahmebeklagten und der Instanz die Versäumnisfolgen der §§ 295, 296 oder 504 —

möglicherweise auch des § 430 — ein, soweit eben diese Versäumnisfolgen nach der Prozeßlage vor Erlassung des angefochtenen und außer kraft gesetzten Urteils eintreten konnten (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 297). Beispiele: a) Die wiederaufgenommene Verhandlung liegt in der ersten Instanz. Ist der Wiederaufnahmebeklagte der Kläger, so wird er mit der Klage abgewiesen. Ist er der Beklagte, so wird das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers, soweit dasselbe zulässig ist (dazu vgl. Bem. Nr. 2 zu § 553), als zugestanden angenommen ꝛc. b) Die wiederaufgenommene Verhandlung liegt in der Berufungsinstanz. Ist der Wiederaufnahmebeklagte Berufungskläger; so wird er mit der Berufung abgewiesen. Ist er der Berufungsbeklagte, so treten die Versäumnisfolgen des § 504 Abs. 2 ein. c) Die wiederaufgenommene Verhandlung liegt in der Revisionsinstanz. Ist der Wiederaufnahmekläger Revisionskläger, so wird er mit der Revision abgewiesen. Ist er der Revisionsbeklagte, so wird thatsächliches mündliches Vorbringen, soweit es zulässig ist, als zugestanden angenommen ꝛc. (vgl. jedoch Bem. Nr. 2 litt. b zu § 520). — Gegen das Versäumnisurteil kann Einspruch erhoben werden. [Abweichende Ansichten bezüglich des Versäumnisfalles bei v. Kries S. 510 f. und teilweise bei Gaupp II S. 631. Der erstere hält wegen der Offizialprüfung Versäumnisfolge und -urteil überhaupt für ausgeschlossen. Aber aus § 552 folgt nicht, daß das Gericht bei Säumnis des Wiederaufnahmeklägers die Offizialprüfung unternehmen muß, und in das iudicium rescissorium greift die Offizialprüfung des § 552 gar nicht ein. Gaupp will im Restitutionsfalle auch in erster Instanz den § 504 Abs. 2 anwenden. Aber das Verhältnis des wiederaufgenommenen Verfahrens zum früheren ist nicht das gleiche, wie das Verhältnis des Berufungs- zum erstinstanziellen Verfahren. Im iudicium rescissorium ist das angefochtene Urteil gewissermaßen schon außer Kraft gesetzt, im Berufungsverfahren besteht es und wirkt fort. Die fortdauernde Existenz und Wirkung dieses Urteils samt seinem Thatbestand ist der Grund für die Vorschrift des § 504 Abs. 2, und dieser Grund trifft im Wiederaufnahmeverfahren nicht zu.]

3. Auf das iudicium rescindens finden die besonderen Vorschriften des Urkundenprozesses keine Anwendung, auch wenn die Klage sich gegen ein im Urkundenprozeß ergangenes Urteil richtet [vgl. Gaupp II S. 633].

§ 549.

Die Klagen sind vor Ablauf der Notfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urteils. Nach Ablauf von fünf Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urteils an gerechnet, sind die Klagen unstatthaft.

Die Vorschriften des vorstehenden Absatzes finden auf die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung keine Anwendung; die Frist für Erhebung der Klage läuft von dem Tage, an welchem der Partei und bei mangelnder Prozeßfähigkeit dem gesetzlichen Vertreter derselben das Urteil zugestellt ist.

Mot. S. 341, 342. KPr. S. 279, 280, 560.

1. Die Motive bemerken: „Die Wiederaufnahme kann zunächst vor Kenntnis der Anfechtungsgründe nicht erfolgen. Vor dem Zeitpunkte der erlangten Kenntnis kann daher die Notfrist ihren Lauf nicht beginnen. In dieser Beziehung können diejenigen strafbaren Handlungen, welche in der Regel nur nach erfolgter Verurteilung des Thäters einen Restitutionsgrund abgeben, Schwierigkeiten machen, wenn diese Verurteilung ausnahmsweise nicht erforderlich ist (§ 544). Die Unmöglichkeit der Verurteilung durch Beschluß des Strafrichters feststellen zu lassen und erst von der Mitteilung dieses Beschlusses den Lauf der Frist zu gestatten, ist nicht angemessen, da die Unmöglichkeit z. B. wegen Todes des

Thäters, schon lange vorher unzweifelhaft feststehen und der Partei bekannt sein kann. In allen diesen Fällen muß die Kenntnis der Partei von der strafbaren Handlung, von der Möglichkeit des Beweises derselben und von der Unmöglichkeit des Strafverfahrens den Anfang des Fristenlaufs bestimmen.

Die weitere Bedingung für den Beginn der Fristen ist, daß vorab alle Voraussetzungen der Klage begründet sind. Wie zu § 545 erwähnt, kann die Rest.-Klage überhaupt nicht in Frage kommen, solange die Restitutionsgründe durch Einspruch oder Berufung geltend gemacht werden können. Außerdem aber bleibt es, so lange das erlassene Urteil noch durch Rechtsmittel oder Einspruch angefochten werden kann, für beide Klagen ungewiß, ob eine Benachteiligung durch das Urteil, welche notwendige Voraussetzung der Klagen ist, eintreten wird, da andere Umstände ein gleich günstiges Urteil wie die Wiederaufnahme für die Partei herbeiführen können. Selbst wenn nach Lage der Sache nur noch die benachteiligte Partei von einem Rechtsmittel oder dem Einspruche Gebrauch machen kann, steht das Resultat doch erst mit dem Ablauf der Fristen fest, und die ganze Zeit derselben ist ihr auch deshalb frei zu lassen, damit die außerordentliche Anfechtung der Urteile auf möglichst enge Grenzen beschränkt bleibt. Hiernach kann die Notfrist auch vor Eintritt der Rechtskraft des anzufechtenden Urteils nicht beginnen."

2. Zu Abs. 1 und 2: Über den Begriff „Notfrist" vgl. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 236). Wegen der Berechnung der Monatsfrist s. § 200. Wegen der fünfjährigen Frist vgl. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 236). Die Frist ist keine Notfrist, wird aber durch die Gerichtsferien nicht berührt und unterliegt nicht der Parteidisposition. Sie läuft von der Rechtskraft des Urteils an, auch wenn die Partei keine Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde hat [vgl. RG. 5. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 104 S. 384 ff.].

3. Zu Abs. 3: Litteratur außer den Komm.: v. Kries Rechtsm. S. 486, Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 132, Levy Jur. WSchr. 1879 S. 174 ff., Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 262 f., Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 316 ff., Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 18, Hellmann Lehrb. S. 778 ff.; vgl. a. die Mot. zu Entw. I S. 397. — Hat ein falsus procurator X namens des A ein Urteil erwirkt, so wird dieses Urteil, weil der X für den Bevollmächtigten des A gilt, für A dem X oder von X zugestellt. Sind von dieser Zustellung an die Einspruchs- oder Rechtsmittelfrist abgelaufen, so kann der falsus procurator und auch A das Urteil nicht mehr durch Einspruch oder Rechtsmittel anfechten; das Urteil ist formell rechtskräftig (§ 645). Wird ein solches Urteil nach Eintritt der formellen Rechtskraft dem A selbst oder bei Mangel der Prozeßfähigkeit seinem wirklichen gesetzlichen Vertreter zugestellt, so beginnt die einmonatige Notfrist für die Nichtigkeitsklage. Das von dem falsus procurator erwirkte Urteil kann aber dem A selbst oder seinem wirklichen gesetzlichen Vertreter zugestellt werden, bevor es dem falsus procurator gegenüber formell rechtskräftig geworden ist. Der Anlaß dazu kann in Zweifeln über die Vertretungsbefugnis des X oder auch darin gelegen sein, daß X gestorben ist. Dann kann A selbst oder sein gesetzlicher Vertreter Einspruch oder Rechtsmittel einlegen und dabei den Mangel der Vertretung geltend machen. Es ist zweifelhaft, ob in diesem Falle der A die Nichtigkeitsklage überhaupt erheben kann, solange das Urteil nicht formell rechtskräftig ist, und ob die Frist zur Nichtigkeitsklage neben der Einspruchs- oder Rechtsmittelfrist läuft oder erst beginnt, nachdem die Einspruchs- oder Rechtsmittelfrist abgelaufen ist. Daß der Abs. 3 die Vorschriften des Abs. 2 des § 549 schlechthin für unanwendbar erklärt, scheint für das Nebeneinander der beiden Fristen zu sprechen; denn im Abs. 2 ist bestimmt, daß die Frist zur Nichtigkeitsklage nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urteils beginne. Daraus würde dann wieder zu folgern sein, daß der Partei, solange beide Fristen nebeneinander laufen, sowohl der Einspruch oder das Rechtsmittel als auch die Nichtigkeitsklage zusteht. [So die Komm., sowie v. Kries, Schwalbach, Levy, Wach, Just, Pfizer a. a. O. sowie Mot. zu Entw. I S. 397, auf welche die herrschende Meinung zurück-

zuführen ist, obwohl diese Äußerung in den Mot. zu Entw. II und III weggelassen ist.] Aber das ist mit der allgemeinen Bestimmung des § 541, daß die Nichtigkeitsklage erst nach rechtskräftigem Urteile stattfinde, nicht wohl vereinbar. Darüber setzt sich die herrschende Meinung allzuleicht hinweg, indem sie für die Wiederaufnahmeklage wegen Mangels der Vertretung eine Ausnahme von § 541 annimmt. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht dagegen. Die Wiederaufnahmeklage wegen Mangels der Vertretung wurde noch im nordd. Entw. (§ 898 ff.) gesondert behandelt und damals auch gegen nicht rechtskräftige Urteile zugelassen; die Einlegung eines Rechtsmittels galt als Genehmigung der bisherigen Prozeßführung. Diese Sonderstellung ist aufgegeben; die Klage wegen Mangels der Vertretung ist unter die Nicht.-Klagen eingeschaltet und damit den allgemeinen Regeln für diese Klagen unterstellt; die Bestimmung, daß die Einlegung eines Rechtsmittels als Genehmigung gelte, ist beseitigt. Der Mangel der Vertretung kann also bis zur formellen Rechtskraft durch Rechtsmittel geltend gemacht werden, es besteht daher für dieses Stadium kein Bedürfnis nach dem außerordentlichen Rechtsbehelfe der Nichtigkeitsklage. Unterlassung des Einspruchs- oder Rechtsmittels gegen das der Partei zugestellte Urteil gestattet sogar nach Umständen einen Schluß auf das Vorhandensein der Genehmigungsabsicht und schließt dann die Wiederaufnahmeklage aus. Da jedoch die Nicht.-Klage wegen Mangels der Vertretung nicht (wie in den Fällen der Nr. 1 und 3 des § 542) durch die Unmöglichkeit, die Nichtigkeit durch Rechtsmittel geltend zu machen, bedingt ist, so ist die Nichtigkeitsklage nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zulässig. Es wird also anzunehmen sein, daß die Nichtigkeitsklage wegen Mangels der gesetzlichen Vertretung erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zulässig ist und daß folglich die einmonatige Notfrist erst von Eintritt der Rechtskraft beginnt. [So Hellmann Komm. II S. 496 ff. und Lehrb. S. 778 ff.; vgl. a. RG. 10. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 110 S. 362]. Erhält die Partei (oder ihr wirklicher Vertreter) von dem auf ihren Namen ergangenen Urteil auf andere Weise als durch Zustellung Kenntnis, so kann sie vor Ablauf der gegenüber dem falsus procurator laufenden Einspruchs- oder Rechtsmittelfrist durch Einspruch oder Rechtsmittel, nach Ablauf dieser Frist aber durch Nicht.-Klage den Mangel der Vertretung geltend machen. Einspruch und Nichtigkeitsklage sind zulässig auch *vor* Zustellung des Urteils; Berufung und Revision nicht (§ 477 Abs. 2, 514 Abs. 2).

Als eine die Notfrist eröffnende Zustellung an die Partei kommt auch die Ersatzzustellung und die öffentliche Zustellung in Betracht, wenn sie an die Partei selbst oder den wirklichen Vertreter — nicht an den falsus procurator — gerichtet sind.

Der Abs. 3 des § 549 ist auf die Nicht.-Klage der nicht ordnungsmäßig vertretenen Partei zugeschnitten. Der Gegner kann die Nicht.-Klage überhaupt nicht erheben. Er hat auch kein rechtliches Interesse daran.

§ 550.

In der Klage muß die Bezeichnung des Urteils, gegen welches die Nichtigkeits- oder die Restitutionsklage gerichtet wird, und die Erklärung, welche dieser Klagen erhoben werde, enthalten sein.

Mot. S. 345. KPr. S. 280, 560.

§ 550 enthält *wesentliche* Erfordernisse der Klageschrift im Wiederaufnahmeverfahren. Im übrigen findet § 230 Anwendung. An die Stelle des in § 230 Nr. 2 geforderten Klagegrundes tritt die Bezeichnung des Urteils, gegen welches die Klage erhoben wird. Die Angabe des Nicht.- oder Rest.-Grundes ist kein wesentliches Erfordernis; auch der Abänderungsantrag nicht (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 551). Aufforderung zur Anwaltsbestellung (§ 192) ist im Anwaltsprozesse nötig, wenn die Klage nicht an einen Rechtsanwalt zugestellt wird. — Ist das

Amtsgericht für die Klage zuständig, so kann die Klage auch nach § 457 erhoben werden. Die Erfordernisse bleiben die gleichen.

§ 551.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Klage enthalten:

1) die Bezeichnung des Anfechtungsgrundes;
2) die Angabe der Beweismittel für die Thatsachen, welche den Grund und die Einhaltung der Notfrist ergeben;
3) die Erklärung, inwieweit die Beseitigung des angefochtenen Urteils und welche andere Entscheidung in der Hauptsache beantragt werde.

Dem Schriftsatze, durch welchen eine Restitutionsklage erhoben wird, sind die Urkunden, auf welche dieselbe gestützt wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen. Befinden sich die Urkunden nicht in den Händen des Klägers, so hat er zu erklären, welchen Antrag er wegen Herbeischaffung derselben zu stellen beabsichtigt.

Mot. S. 342. KPr. S. 280, 560.

1. Die Vorschriften des § 551 sind instruktioneller Natur.

2. Zu Nr. 1: In der mündlichen Verhandlung können noch neue Anfechtungsgründe geltend gemacht werden [vgl. RG. 12. Dez. 1883 Entsch. XIV Nr. 90 S. 332]. Nach den Mot. S. 342 wäre dies nur unter der Voraussetzung möglich, daß auch für die neuen Gründe die Notfrist gewahrt werde. Diese Beschränkung [auch beiläufig vom RG. 6. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 117 S. 368 reproduziert] ist offenbar unrichtig [so jetzt auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N 2, Petersen S. 798, A. Förster N. 2, Hellmann Lehrb. S. 788, v. Kries Rechtsm. S. 497 f.]. Zur Wahrung der Frist genügt die Klageerhebung innerhalb der Frist. Zur Klage gehört aber nach § 550 die Angabe des Anfechtungsgrundes nicht. Folglich muß die Bezeichnung des oder eines anderen Anfechtungsgrundes nicht innerhalb der Frist erfolgen. Die Mot. a. a. O. citieren württ. PrO. Art. 762, bayer. PrO. Art. 781, preuß. Entw. § 696, hannov. Entw. § 640 für die Beschränkung. Dabei ist übersehen, daß diese Gesetze und Entwürfe die Angabe des Anfechtungsgrundes für die Klageschrift forderten. — In dem Vorbringen neuer Anfechtungsgründe liegt auch keine Klagänderung, weil eben der Anfechtungsgrund nicht, wie der Klagegrund, wesentlich für die Klage ist. — Bezeichnet sich eine Wiederaufnahmeklage als Nicht.-Klage, so kann ihr kein Restitutionsgrund substruiert werden, und umgekehrt; denn die Angabe, ob Nicht.- oder Rest.-Klage erhoben wird, gehört nach § 550 zur Klageschrift [so auch v. Kries S. 497].

In der mündlichen Verhandlung muß der Kläger den Anfechtungsgrund angeben. Die Kognition des Gerichts beschränkt sich auf den angegebenen Nicht.- oder Rest.-Grund. [AM. v. Kries S. 497 f. Derselbe übersieht, daß die Erhebung der Nicht.- und der Rest.-Klage aus den einzelnen Gründen der §§ 542, 543 der Parteidisposition unterliegt, und daß die Offizialprüfung, ob der Anfechtungsgrund nicht mittels Rechtsmittels ꝛc. geltend gemacht werden konnte und ob bezüglich desselben die Notfrist eingehalten ist, unmöglich wäre, wenn der Anfechtungsgrund seitens der Partei nicht vorgebracht ist.]

Die wiederholte Erhebung einer Nicht.- oder Rest.-Klage aus neuen Gründen ist nicht ausgeschlossen, da es sich wegen der Notfrist und der Vorschrift des § 545 für die zweite Klage in gleichem Maße wie für die erste um Gründe handeln kann, welche noch nicht vorgebracht werden konnten. Der Charakter eines Rechtsmittels, welcher der Wiederaufnahmeklage allerdings in gewissem Maße beiwohnt (Mot. zum preuß. Entw. S. 177), steht nicht entgegen,

da die Klage sich auf das Vorbringen des sie veranlassenden außerordentlichen Umstandes beschränken muß, jede andere Veranlassung also einen neuen Gegenstand der Klage bietet (Mot. S. 342). [AM. v. Kries S. 508. Dessen Ansicht beruht auf der oben zurückgewiesenen Unterstellung, daß das Gericht ex officio seine Kognition auch auf vom Kläger nicht bezeichnete Anfechtungsgründe zu erstrecken habe.]

3. Zu Nr. 2: Auch die Beweismittel für die Thatsachen, aus denen sich der Anfechtungsgrund und die Einhaltung der Notfrist ergiebt, können in der mündlichen Verhandlung nachgebracht werden.

4. Zu Nr. 3: Die Anträge können noch in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Dieselben können von den in den Schriftsätzen gestellten differieren. Die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge bilden die unüberschreitbare Grenze für das Urteil (§ 279). Die Anträge müssen sich nicht bloß auf das iudicium rescindens, sondern auch auf das iud. rescissorium, die Hauptsache, beziehen. — Anschließung, etwa in Gestalt einer Widerklage, ist nicht zugelassen.

5. Zu Abs. 2: „Antrag wegen Herbeischaffung" — s. §§ 389, 393, 397.

§ 552.

Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Klage an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist erhoben sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Klage als unzulässig zu verwerfen.

Die Thatsachen, welche ergeben, daß die Klage vor Ablauf der Notfrist erhoben ist, sind glaubhaft zu machen.

Mot. S. 343 KPr. S. 280, 560.

1. Zu Abs. 1: Vgl. §§ 306, 497, 529, 537.

„Ob die Klage an sich statthaft sei." — Die Offizialprüfung erstreckt sich darauf, ob ein mittels Nicht.- oder Rest.-Klage anfechtbares Urteil (§§ 541, 546) vorliege, ob die vom Kläger zur Begründung der Klage vorgebrachten Thatsachen einen Nichtigkeits- oder Restitutionsgrund bilden (§§ 542, 543, 544), ob nicht § 542 Abs. 2 oder § 545 der Klage entgegen stehen. Damit ist die Möglichkeit eines Anerkenntnisses ausgeschlossen (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 548). Auch die Wahrheit der Thatsachen, welche den Nicht.- oder Rest.-Grund ergeben sollen, ist von Amtswegen zu prüfen. Zwar sagen die Mot. S. 338 „es liege kein genügender Grund vor, die Restitutionsgründe durch Ausschluß des Geständnisses (nordd. Entw. § 858) der Verfügung der Parteien zu entziehen" (über Geständnis der Nichtigkeitsgründe enthalten die Motive nichts); da aber die Statthaftigkeit der beiden Klagen von Amtswegen zu prüfen ist, so müssen auch die thatsächlichen Unterlagen beider Klagen von Amtswegen untersucht werden. Daraus folgt, daß diese Unterlagen nicht durch Geständnis in für das Gericht bindender Weise festgestellt werden können (s. Bem. Nr. 8 litt. c zu § 261) und daß bei Versäumnis des Wiederaufnahmebeklagten die Versäumnisfolge des § 296 bezüglich dieser Thatsachen nicht eintritt (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 548). [So auch Struckm. Koch N. 1, v. Kries S. 482, Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 394 N. 219. AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 552. Nach der gegnerischen Ansicht würde jedes Urteil mittels der, wenn auch offenbar erlogenen, aber nicht widersprochenen Behauptung, der bei der Entscheidung beteiligte Richter X sei der Vater einer der Parteien, vernichtet werden können! Welcher Mißbrauch damit gegenüber Personen unbekannten Aufenthalts getrieben werden könnte, liegt auf der Hand.]

„Gesetzliche Form" — s. § 550. „Gesetzliche Frist" — s. § 549.

2. Zu Abs. 2: Vgl. § 266.

§ 553.

Die Hauptsache wird, insoweit sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen ist, von neuem verhandelt.

Das Gericht kann anordnen, daß die Verhandlung und Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vor der Verhandlung über die Hauptsache erfolge. In diesem Falle ist die Verhandlung über die Hauptsache als Fortsetzung der Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens anzusehen.

Das für die Klagen zuständige Revisionsgericht hat die Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens zu erledigen, auch wenn diese Erledigung von der Feststellung und Würdigung bestrittener Thatsachen abhängig ist.

Mot. S. 343. KPr. S. 280, 560.

1. Die Verhandlung besteht aus zwei Teilen: der Verhandlung über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme — dem iudicium rescindens — und der Verhandlung über die Hauptsache — dem iudicium rescissorium. Das Gesetz gebietet nicht die Trennung dieser Verhandlungen. Der Nicht.- oder Rest.-Beklagte hat nicht das Recht, die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern, bis über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme entschieden ist. Aber das Gericht kann nach § 553 (cf. § 137) anordnen, daß die Verhandlung zunächst auf das iud. rescindens zu beschränken sei. Die Mot. S. 343 bemerken, die Trennung werde bei der Nicht.-Klage und bei der Restitution aus der Person des Richters (§ 543 Nr. 5) in der Regel angezeigt sein, während die Notwendigkeit derselben bei den übrigen Restitutionsgründen zurücktrete. Man darf weiter gehen und behaupten, daß die Trennung des iud. rescindens vom rescissorium in allen Fällen empfehlenswert, in den Fällen des § 542 und des § 543 Nr. 5 aber nahezu unentbehrlich ist [vgl. v. Kries S. 500 ff.].

Erachtet das Gericht die Wiederaufnahme für unzulässig, so ist die Klage durch Endurteil abzuweisen. Erachtet das Gericht die Wiederaufnahme für zulässig, so kann es die Zulässigkeit durch Zwischenurteil feststellen oder auch ohne Zwischenurteil zum iudicium rescissorium übergehen und die Zulässigkeit erst in den Gründen des Endurteils konstatieren. Das Zwischenurteil kann nicht selbständig, sondern erst mit dem Endurteil durch Rechtsmittel angefochten werden. Das Zwischenurteil hindert ein späteres Versäumnisurteil nicht, wenn nach demselben der Versäumnisfall eintritt.

2. Umfang der Verhandlung zur Hauptsache. a) Wird das Verfahren wegen eines Nichtigkeitsgrundes (§ 542) oder wegen des Restitutionsgrundes Nr. 5 des § 543 wieder aufgenommen, so ist das frühere Verfahren, soweit dasselbe von dem Anfechtungsgrund betroffen ist, unwirksam und der Rechtsstreit muß insoweit von neuem verhandelt werden. Die in Bem. Nr. 3 zu § 501 für die Verhandlung nach Aufhebung des Urteils durch das Berufungsgericht entwickelten Sätze (vgl. a. § 527 Bem. Nr. 2) finden hierher entsprechende Anwendung. Wenn der Nichtigkeitsgrund des § 542 Nr. 4 schon bei der Erhebung der Klage bestand, so ist so zu urteilen, wie zu urteilen gewesen wäre, wenn der Mangel der Vertretungsbefugnis dem Gerichte früher nicht entgangen wäre, d. h. es muß absolutio ab instantia eintreten (s. Bem. Nr. 2 litt. a u. c zu § 54 u. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 84). [So auch v. Kries S. 506.] Die Mot. S. 343 enthalten die Aeußerung: „wenn die Nichtigkeit wegen mangelnder Vertretung der Partei schon die Erhebung der Klage betreffe, könne das ganze frühere Verfahren aufgehoben werden, so daß erst nach erneuter Erhebung der Klage in

der Hauptsache zu verhandeln sei." Diese Bemerkung kann zu der unrichtigen Ansicht verleiten, als ob in diesem Fall das Wiederaufnahmeverfahren mit dem iudicium rescindens endige. Wahrscheinlich hatte der Verfasser der Mot. aber die abs. ab inst. im Sinne. [Ganz irrtümlich behauptet Hellmann Komm. II S. 503 f., im bezeichneten Fall habe das Gericht durch Zwischenurteil zu verfügen, daß die Klage zu erheben sei.]

b) Wird das Verfahren wegen eines der Restitutionsgründe Nr. 1—3, 6, 7 des § 543 wieder aufgenommen, so beschränkt sich die neue Verhandlung auf den Punkt, auf den sich der Restitutionsgrund bezieht. Im übrigen bleibt das frühere Verfahren samt den darin eingetretenen Anerkenntnissen, Geständnissen, Eidesleistungen, Zwischenurteilen, Präklusionen, Beweiserhebungen ꝛc. in fortdauernder Kraft. In diesem Sinne äußern sich auch die Motive (S. 343):

> „Die übrigen Restitutionsgründe betreffen dagegen nur einzelne Punkte des Rechtsstreits oder des Verfahrens; nur diese sind zu berichtigen oder zu ergänzen und danach das Urteil zu erlassen, ohne daß die übrigen Resultate der früheren Verhandlung, wie sie durch das angefochtene Urteil festgestellt sind, in Frage kommen. Dem Restitutionsbeklagten bleibt die weitere Verteidigung selbstverständlich unbeschränkt."

Im Falle der Restitution aus § 543 Nr. 4 tritt dieselbe Prozeßlage ein, wie wenn nach Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das angefochtene Urteil beruht, die Verhandlung wieder eröffnet wurde; die Parteien haben also aufs neue zur Hauptsache zu verhandeln [nach RG. 6. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 117 S. 397 ist die Revision begründet, wenn das Gericht von neuer Verhandlung absieht] und sind im Vorbringen neuer Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel ebenso unbeschränkt, bzw. soweit vor diesem Schlusse Präklusionen eingetreten waren, ebenso beschränkt, wie vor dem Schlusse der Verhandlung. Auch bei der Restitution aus § 543 Nr. 7a ist kein Anlaß zu Zweifeln über den Umfang des iudicium rescissorium, weil die exc. rei iudicatae weitere Verhandlung überflüssig macht. Zweifelhaft ist aber, in welchem Umfang neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in den Restitutionsfällen des § 543 Nr. 1—3, 6, 7b zulässig sind. Schon in der hannov. Komm. (Komm. Prot. XI S. 3978 ff.) wurde die Frage, ob nur bezüglich der konkreten Thatsache, um deren Beweis es sich handelt, neue Beweis- und Gegenbeweismittel zuzulassen seien oder ob auch neue selbständige Behauptungen vorgebracht werden können, aufgeworfen und die Antwort als zweifelhaft behandelt. Aus dem Gesetze dürfte sich eine Beschränkung der Angriffs- und Verteidigungsmittel auf die konkrete Thatsache nicht rechtfertigen lassen. Ist das Restitutionsbegehren begründet, so wird auch hier der Prozeß in den Stand zurückversetzt, in dem er sich befunden hat, ehe der Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urteil eintrat. Nach dem System der PrO. können Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden, auf welche das Urteil ergeht. Soweit nicht ein durch die Rest.-Klage nicht berührtes Zwischenurteil hindernd im Wege steht, sind daher im iudicium rescissorium neue selbständige Behauptungen zulässig. Das Gericht ist weder an die frühere Beweiswürdigung noch an die frühere rechtliche Beurteilung gebunden [vgl. RG. 30. Sept. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 105].

Natürlich ist bei Restitution gegen einen quantitativen Teil des Urteils (z. B. gegen den Ausspruch bezüglich eines von mehreren kumulierten Ansprüchen) der von dem nicht betroffenen Teil des Urteils erledigte Prozeßstoff nicht Gegenstand der neuen Verhandlung.

Im iudicium rescissorium (nicht im iud. rescindens) treten auch die Besonderheiten des sog. außerordentlichen Prozesses — des Verf. in Ehesachen, des Urkundenprozesses [vgl. Stein Urk.-Proz. S. 298 N. 1] — wieder hervor.

3. Zu Abs. 3: Die Bestimmung ist überflüssig. Denn daß dem Revisionsgericht in den Fällen, in welchen es für die Wiederaufnahmeklage zuständig ist (s. § 547), die Fest-

stellung der dabei in Betracht kommenden Thatsachen zusteht, ergiebt schon § 524; vgl. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 524. [So auch v. Kries S. 504.]

§ 554.

Rechtsmittel sind insoweit zulässig, als sie gegen die Entscheidungen der mit den Klagen befaßten Gerichte überhaupt stattfinden.

Mot. S. 343. KPr. S. 280, 560.

1. Die Motive bemerken: „Die Zulässigkeit der Rechtsmittel bestimmt sich nach dem Charakter des Verfahrens als Wiederaufnahme eines früheren Verfahrens. Das ergehende Urteil tritt an Stelle des in dem früheren Verfahren in derselben Instanz erlassenen Urteils und unterliegt denselben Rechtsmitteln wie dieses."

Demgemäß ist jedes Rechtsmittel ausgeschlossen, wenn das Landgericht als Beruf.-Ger. für die Wiederaufnahmeklage in erster Instanz zuständig ist [vgl. RG. 30. April 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1129, OLG. Bamberg SA. XXXIX Nr. 166]; dgl. wenn das Revisionsgericht für die Wiederaufnahmeklage zuständig ist. Dagegen ist Revision zulässig gegen Urteile der Beruf.-Gerichte, auch wenn die Wiederaufnahme gegen ein Revis.-Urteil sich richtet (§ 547).

2. Wegen Einspruchs s. Bem. Nr. 3 a. E. zu § 548. — Die Anfechtung des im Wiederaufnahmeverfahren ergehenden Urteils durch Wiederaufnahmeklage ist nicht ausgeschlossen (Mot. zu Entw. I S. 399).

Fünftes Buch.

Urkunden- und Wechselprozeß.

1. Die CPr.O. kennt kein abgekürztes und beschleunigtes Verfahren, welches dem (mißbräuchlich sogenannten) unbestimmt summarischen Prozeß des früheren gem. Rechts [s. Bayer summar. Prozesse §§ 48 ff.], dem abgekürzten und schleunigen Verfahren des preußischen, der summarischen Prozedur des französischen und dem abgekürzten Verfahren des bayerischen Prozeßrechts entspräche.

Dagegen hat die CPrO. von den sog. bestimmt summarischen Prozeduren des gem. Rechts aufgenommen: a) den Exekutivprozeß unter der Bezeichnung Urkunden- und Wechselprozeß; b) den Arrestprozeß einschließlich des Verfahrens über Gesuche um einstweilige Verfügungen (§§ 796—822).

Dem Mahnverfahren der CPrO. fehlen die für die summarische Prozedur charakteristischen Eigentümlichkeiten.

Über das Wesen der summarischen Kognition vgl. einerseits Wetzell Krit. Jahrb. f. d. deutsche Rechtsw. von Richter u. Schneider XXIV S. 769 f. u. Syst. § 29, derselbe erblickt im „summatim cognoscere" eine minder gründliche Untersuchung gewisser Anträge, wobei der Richter den Anträgen schon dann entspricht, wenn die denselben zu Grund liegenden Thatsachen bloß wahrscheinlich gemacht, also unvollständig bewiesen sind; andererseits Briegleb Einl. in d. Theorie der summ. Prozesse (S. 171), welcher die charakteristische Eigentümlichkeit des summarischen Prozesses in die Beschränkung auf die summa causae, d. i. auf die nächsten und unerläßlichsten Voraussetzungen eines an sich begründeten Klaganspruchs, ermäßigt durch die Zulassung unverzüglich evidenter Defensionen, setzt, für die Angriffs- und Verteidigungsmittel, welche überhaupt zugelassen werden, vollständigen Beweis verlangt. Vgl. a. Wach der ital. Arrestprozeß S. 137 ff.

Über die Einteilung des Verfahrens in ordentliches und außerordentliches sowie über das Verhältnis des summarischen Prozesses zu dieser Einteilung s. Drechsler Ztschr. f. d. CPr. I S. 191 ff. u. Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 736 f.

2. Die Motive bemerken: „Das Charakteristische der summarischen Prozedur besteht nicht in formeller Beschleunigung des Prozeßgangs, sondern in der materiell verkürzten Defension, in der Beschränkung der causae cognitio auf die summa causae, d. h. auf die nächsten und unerläßlichsten Voraussetzungen eines an sich begründeten Klaganspruchs, mit Ausschluß aller Defensionen des Beklagten, welche nicht in continenti liquid gemacht werden können, jedoch unter Vorbehalt nachträglicher Geltendmachung aller, durch die Forderung schleuniger Liquidierbarkeit in summario ausgeschlossener Defensionen mittels einer in ordinario zu verhandelnden Nachklage (vgl. Briegleb Einl. i. d. Theorie der summ. Prozesse S. 12 ff., 171, 304, 343, 351, 352). Der Zweck der summarischen Kognition

ist, den Anspruch des Klägers auf Rechtshülfe, wenn und so lange dieser Anspruch gerecht erscheint, gegen die Gefahr unzuträglich verzögerter Realisierung infolge des Gebrauchs langwieriger Verteidigungsmittel des Beklagten sicher zu stellen, — dem Kläger auf Grund der prima facie liquiden Klage eine schleunige, wenn auch nur provisorische Rechtshülfe zu gewähren. Die summarische Kognition löst den Widerstreit zwischen dem Verlangen nach schleuniger Rechtshülfe und dem Anspruche auf Gewährung vollständigen Gehörs des Beklagten in einer den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechenden Weise, indem sie in den dazu qualifizierten Fällen die Gewährung schleuniger Rechtshülfe in den Vordergrund stellt. Und daß der Gesetzgeber — vorausgesetzt, daß er in den Gründen, aus welchen einem Klaganspruche die singuläre Begünstigung der summarischen Behandlung zukommen soll, nicht fehlgreift — ohne Bedenken eine materielle Beschränkung der Defension eintreten lassen kann, beweist der Umstand, daß bei den summarischen Prozeduren des gemeinen Prozeßrechts, ebenso wie bei dem Mandatsprozesse des preußischen Rechts, erfahrungsgemäß nur selten von dem Rechte der Nachklage Gebrauch gemacht wird, — ein Umstand, welcher, wie Briegleb a. a. O. S. 369, 370 zutreffend bemerkt, den empirischen Beweis liefert, daß in der eminenten Mehrzahl aller Fälle die Ergebnisse der prima-facie-Kognition denn doch das Rechte treffen und mit dem strengen Rechte, wie es durch die vollständige Kognition im ordentlichen Prozesse zu ermitteln ist, in Übereinstimmung stehen.

Das Motiv für die Gewährung des Exekutiv- (Urkunden-) Prozesses liegt in der prima-facie-Liquidität des urkundlichen Anspruchs, in der Möglichkeit, den Schuldbrief bereits als einen richterlichen Urteilsbrief anzusehen, weil der Schuldner sich der summarischen Kognition durch vertragsmäßige Übereinkunft mit dem Gläubiger unterworfen habe (vgl. Briegleb a. a. O. S. 345). Diese Anschauung entnahm ursprünglich ihre Berechtigung aus der Exekutivklausel — der clausula guarentigiae, dem pactum paratae executionis —, welche öffentlichen, später auch privaten Schuldurkunden beigefügt wurde. Die Praxis ließ allmählich die Exekutivklausel fallen; es entwickelte sich die Annahme, daß jede öffentliche und private Schuldurkunde stillschweigend die Exekutivklausel enthalte, indem der Schuldner durch Ausstellung der Schuldurkunde den Willen manifestierte, sich auf Grund derselben der parata executio zu unterwerfen. Der Absicht, der Privatwillkür der Kontrahenten ein Mittel zu schaffen, durch welches die Realisierung kontraktlicher Leistungen unverzüglich erzwungen und den Weiterungen des ordentlichen Prozeßverfahrens entzogen werden kann, verdankt die als Exekutivprozeß bezeichnete summarische Kognition ihren Ursprung und ihre Ausbildung in Italien, ihre Aufnahme in Deutschland und ihre Anerkennung in allen deutschen Rechtsgebieten in den Formen des Mandats-, Exekutiv-, Urkunden- und Wechselprozesses. Ihre Aufnahme in Deutschland konnte um so leichter erfolgen, als sich hier bereits vor dem Eindringen des romanischen Prozesses Rechtsbildungen entwickelt hatten, welche dieselbe Tendenz wie die instrumenta guarentigiata verfolgten (vgl. Heusler Ztschr. f. RG. VI S. 127 ff., v. Bar das Beweismaterial des germ. Proz. S. 235 ff.).

Bei der Beschränkung auf Urkunden über obligatorische Verträge ist es indessen nicht geblieben; wie auf der hannoverschen Konferenz bezeugt wurde, hat die gemeinrechtliche Doktrin den Exekutivprozeß auch für hypothekarische, die sächsische Praxis sogar für alle verbrieften Ansprüche gewährt (hannov. Prot. IX S. 3202, 3208, 3214, 3235).

An sich ist indessen der Rechtstitel aus einer Privaturkunde nicht schwächer, als derjenige aus einer öffentlichen Schuldverschreibung. Die Privaturkunden können den öffentlichen rücksichtlich des Verfahrens gleichgestellt werden, sofern ihre Echtheit festgestellt wird, da in dem Beweise der Echtheit der wesentliche Unterschied der öffentlichen und der Privaturkunden besteht; gerade bei dem Wechsel, welcher hier vorzugsweise zu berücksichtigen ist, kommt zudem die Möglichkeit der öffentlichen Beglaubigung als ein praktisches Moment nicht in Betracht. Demgemäß hat das Gesetz als Erfordernis für die Zulässigkeit des Urkundenprozesses den vollständigen Beweis aller zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden aufgestellt, ohne Unterscheidung, ob die Urkunden öffentliche oder private sind.

„Vollbeweisende" Urkunden konnte das Gesetz nicht fordern, weil nach den Bestimmungen der §§ 380 ff. die materielle Beweiskraft jeder Urkunde — der öffentlichen wie der privaten, der von den Parteien wie der von dritten ausgestellten, der fehlerfreien wie der

mangelhaften — dem richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung aller konkreten Verhältnisse anheimfällt (vgl. hannov. Prot. XVI S. 6067—69). Auch die Unterscheidung von Urkunden, welche über den Anspruch ausgestellt oder errichtet sind (norbd. Entw. § 672), ist entbehrlich, da ein vollständiger Urkundenbeweis, wie er nach dem Grunde des Verfahrens gefordert werden muß, über das Fundament des Anspruchs kaum anders als durch solche Urkunden, welche von dem Verpflichteten ausgestellt sind, geführt werden kann.

In welchem Umfange hiernach Urkunden vom Kläger (§ 555) oder Beklagten (§ 558) im Urkundenprozeß mit Erfolg benutzt werden können, läßt sich allgemein nicht bestimmen. Indessen dürften Urkunden, deren Echtheit oder Unechtheit bei der Vorschrift des § 410 nicht durch Eideszuschiebung an den Gegner erwiesen werden kann, sich der Regel nach als untauglich erweisen, und damit dieser Prozeßart auch in objektiver Beziehung die richtigen Grenzen angewiesen sein."

„Die Gefahr, welche in der ausgedehnten Zulassung des Urkundenprozesses für den Beklagten liegt, hat das Gesetz durch den regelmäßig im Urteile auszusprechenden allgemeinen Vorbehalt seiner Rechte und die Beseitigung des separatum (i. e. S.) gemildert, indem sich der Urkundenprozeß unter Beibehaltung der Parteirollen unmittelbar in den ordentlichen Prozeß fortsetzt (§ 563). Das Gesetz hat damit die Scheidung in zwei selbständige Prozesse, deren erster nur die Verfolgung der causa executiva, der zweite die der causa principalis (des Hauptrechts) betrifft, aufgegeben. Werden Einreden aus dem Hauptrechte zugelassen, so liegt für eine solche Trennung kein zwingender Grund vor. Nach dem Gesetz beginnt mit Erhebung der Klage im Urkundenprozesse der Hauptstreit selbst*) — nicht bloß ein Streit über Zulassung resp. Abwendung der Exekution —; durch die ausdrückliche Erklärung aber, daß er im Urkundenprozesse klage, macht der Kläger gleichzeitig sein besonderes Recht auf vorgängige abgesonderte Verhandlung und Aburteilung über den liquiden oder liquid gestellten Streitstoff geltend. Das hierauf ergehende Urteil entscheidet über die Zulässigkeit des Angriffs, bezüglich der Verteidigung im Urkundenstreite definitiv, über das Hauptrecht (abgesehen vom Falle der Versäumung und des Anerkenntnisses) nur provisorisch — quoad executionem und vorbehaltlich einer eingehenderen Kognition im Wege des ordentlichen Prozesses. Nur insoweit sich schon jetzt Angriffs- oder Verteidigungsmittel als in sich und nicht bloß wegen mangelhafter Substanzierung unbegründet darstellen, wird über sie, weil ja das Hauptrecht selbst im Prozesse befangen ist, endgültig erkannt. Insoweit kommt das Urteil im Urkundenprozesse als Zwischenurteil für den anhängig bleibenden Hauptstreit in Betracht und bindet folgeweise Richter und Parteien. Im übrigen haben bei Fortsetzung des Hauptstreits beide Parteien in Vervollständigung des Angriffs und Ausdehnung der Verteidigung dieselbe Freiheit, wie im ordentlichen Verfahren.

Nach dem Gesagten ergiebt sich für das Verfahren im Urkundenstreite korrekter die Bezeichnung „Urkundenprozeß", als „Exekutivprozeß"; ergiebt sich ferner, daß der Kläger wahlweise berechtigt sein muß, einen verbrieften Anspruch (selbst wenn darüber eine exekutorische öffentliche Urkunde existiert) im ordentlichen oder im Urkundenprozesse durchzuführen und von dem letzteren bis zum Schlusse desselben noch dergestalt abzustehen, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt (§ 559); ergiebt sich endlich, daß für das Verfahren im Urkundenstreite und das denselben abschließende Urteil, soweit nicht besondere Abweichungen statuiert werden, die allgemeinen Grundsätze maßgebend sind, insbesondere auch betreffs der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit der Gerichte, der Vertretung der Parteien, der Zulässigkeit von Streitverkündung und Intervention, der Einleitungsformen, der Rechtshängigkeit, der Rechtsmittel.

Die Abweichungen von dem ordentlichen Verfahren beruhen darauf, daß der UPr. auf vollkommene Liquidität gestellt ist. Ausflüsse hiervon sind die Vorschriften, daß der Beweis

---

*) Dagegen polemisiert Stein in der in Bem. Nr. 3 cit. Schrift S. 24 ff. Aber die Verf. der Motive wollten nicht, wie St. ihnen imputiert, behaupten, daß das ordentliche Verfahren mit der Klagerhebung im Urk.-Prozesse beginne, sondern nur die Rechtshängigkeit des materiellen Anspruchs und die retrospektive Einheit des ordentlichen Verfahrens mit dem Urk.-Prozeß zum Ausdruck bringen [vgl. Gösch Ztschr. f. d. CPr. XII S. 188]. Die Ausdrucksweise ist allerdings nicht ganz genau, aber kaum mißzuverstehen.

der Klage nur durch Urkunden (§ 555), der von Einreden, Repliken und Dupliken, gleicherweise jeder Echtheitsbeweis nur durch Urkunden oder Eideszuschiebung geführt werden und der Beweisantritt nur durch Produktion der Urkunden erfolgen kann (§ 557); daß jede Partei einen vollständigen Beweis erbringen muß, zu dessen Ergänzung richterliche Eidesauflage nicht zugelassen ist, widrigenfalls die betreffende Behauptung als im UPr. unstatthaft zurückgewiesen wird (§§ 560, 561); daß Widerklagen und Einlassungsweigerung auf Grund prozeßhindernder Einreden nicht gestattet sind (§§ 557, 558 Abs. 1); daß sich der Delat gegenüber der Eideszuschiebung nur der Urkunden als Beweismittel bedienen kann, und die Leistung eines Eides durch Beweisbeschluß anzuordnen ist (§ 558 Abs. 4).

Ist der Beklagte im UPr. unter Vorbehalt seiner Rechte ganz oder teilweise verurteilt, und ist von einer Partei zur Fortsetzung des Hauptstreits geladen, so finden die allgemeinen Vorschriften über das Versäumnisurteil gegen beide Teile Anwendung. Dasselbe ergeht ohne Rücksicht auf etwaige Erklärungen seitens der säumigen Partei im UPr. und ohne Rücksicht auf das bereits erlassene Urteil, da, wie festzuhalten, immer noch über die vom Kläger erhobene Klage definitiv zu erkennen ist (§ 563 Abs. 3)."

3. Litteratur zum UPr. d. CPrO.: Wieding in v. Holtzend. Rechtslex. III S. 977 ff., Auerbach Glossen z. U. u. WPr. (wertlos), Stein der Urkunden- und Wechselprozeß (Leipzig 1887), darüber Küntzel Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 856 und Gösch Ztschr. f. d. CPr. XII S. 177 ff. — Litteratur zum Wechselprozeß s. Bem. Nr. 1 zu § 565.

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 25 ($^6/_{10}$ der regelmäßigen Gebühr); GO. f. RA. § 19. Ausländer sind von der Kostenkaution (CPrO. § 102 Nr. 2) und von dem Vorschuß f. Gerichtskosten (GKG. § 85 Abs. 2 Nr. 2) befreit.

§ 555.

Ein Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, kann im Urkundenprozesse geltend gemacht werden, wenn die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können.

Mot. S. 349, 350. KPr. S. 280, 560.

1. „Ein Anspruch, welcher — zum Gegenstande hat." Vgl. §§ 628 Abs. 1, 770.

a) Eine Klage, welche überhaupt nicht auf Zahlung oder Leistung geht, kann nicht im UPr. geltend gemacht werden. Daher eignet sich der UPr. nicht für Feststellungsklagen (§ 231), daher sind Inzidentfeststellungsanträge (§ 253) innerhalb des UPr. unstatthaft; daher ist ein Anspruch auf facere oder non facere, daher ist die sog. Kündigungsklage des preuß. ALR. I 11 § 765 [vgl. Dernburg pr. PrR. I S. 274, Herbst Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 346 ff.] zum UPr. ungeeignet. — Darüber, daß im Wechselprozeß auch Ansprüche, welche nicht auf Zahlung oder Leistung gehen, geltend gemacht werden können, s. Bem. Nr. 2 zu § 565. — b) Wegen des Begriffs „Geldsumme" s. Koch Ztschr. f. d. CPr. III S. 364, 377. Wegen des Begriffs „vertretbare Sachen" s. Windscheid I § 141, Goldschmidt Handelsr. I § 61; „vertretbar" ist im objektiven Sinn zu verstehen. Wegen des Begriffs „Wertpapiere" s. Bem. Nr. 2 zu § 101. Die Nennung der Wertpapiere neben den vertretbaren Sachen (wie in §§ 628, 770) ist überflüssig; es darf daraus nicht gefolgert werden, daß für Ansprüche auf Leistung von individuell bestimmten Wertpapieren der UPr. auch zulässig sei. Der Anspruch z. B. auf Rückgabe deponierter Wertpapiere in specie eignet sich nicht zum UPr. [RG. 26. Jan. 1883 Entsch. X Nr. 101 S. 341]. Ansprüche, welche alternativ auf Zahlung einer Geldsumme (bzw. Leistung vertretbarer Sachen) oder Leistung einer nicht vertretbaren Sache gehen, eignen sich nicht zum UPr.; wohl aber

solche alternative Ansprüche, bei denen beide Leistungen dem § 555 entsprechen. Ob der Gläubiger oder der Schuldner die Wahl hat, dürfte keinen Unterschied machen. c) Der Urkundenprozeß ist nicht auf Ansprüche aus obligatorischen Verträgen beschränkt. Soweit aus dinglichen Rechtsverhältnissen Ansprüche der in § 555 bezeichneten Art entstehen können, fallen auch diese unter die gegebene Bezeichnung (Mot. S. 349). Hiernach ist für die Hypothekenklage auch gegen den dritten Besitzer der UPr. zulässig, wenn die Hypothekenklage auf Zahlung geht. Dies ist der Fall nach preuß. Ges. über den Eigentumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 [so auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 1, Dernburg pr. PrR. I § 341, Eccius (Förster) pr. PrR. III § 194, Krech Fischer Komm. z. pr. Subh. Ordn. S. 135 f., Stein UPr. S. 81 ff. AM. Staub Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 707, Voß eod. XXIX S. 796, Falkmann Ztschr. f. d. CPr. X S. 374 ff.]. Ebenso nach bayr. Hyp.-Ges. v. 1. Juni 1822 § 54 [vgl. Regelsberger bayr. Hyp.-R. § 78]; übrigens ist die Zulässigkeit des UPr. hier praktisch nicht bedeutsam, weil nach bayr. AG. z. CPrO. Art. 127, 128 die Hypothekenurkunde Vollstreckungstitel auch gegen den Drittbesitzer ist. Nach gemeinem und nach französischem Recht geht die Hypothekenklage nicht auf Zahlung; daher ist der UPr. nicht zulässig [vgl. OLG. Braunschweig SA. XLI S. 252]. d) Über Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen: Hat der Kläger seine Verbindlichkeit bereits erfüllt oder ist er sonstwie davon befreit, so ist die Klage im UPr. zulässig. Über den Beweis der Erfüllung s. Bem. Nr. 3. Ansprüche auf Verurteilung des Beklagten zur Leistung gegen eine Leistung seitens des Klägers („Zug um Zug") eignen sich nicht zum UPr. Dergleichen Ansprüche sind vom Mahnverfahren ausdrücklich ausgenommen (§ 628 Abs. 2). Das scheint für die Zulässigkeit des UPr. zu sprechen. Aber das arg. a contr. ist nicht zwingend; denn Abs. 2 des § 628 kann bloße Deklaration sein. In der Geschichte des UPr. findet sich nicht eine Spur von Zulässigkeit einer Klage auf Leistung Zug um Zug. Darüber, ob der Kläger die Erfüllung des zweiseitigen Vertrags von seiner Seite schon bei der Klagestellung oder erst nach erhobener Einrede beweisen müsse, bestand Meinungsverschiedenheit [vgl. Bayer summ. Proz. § 43 N. 9, Schmid Handb. III S. 177 und die daselbst Citierten, Heerwart Arch. f. c. Pr. VII S. 350 f.], nicht aber darüber, daß erfüllt sein müsse. Die nordd. Komm. (Prot. III S. 1089) erachtete, obwohl der nordd. Entw. § 672 nichts anderes als die CPrO. bestimmte, Klagen auf Leistung „Zug um Zug" für ausgeschlossen. Es fehlt derartigen Ansprüchen die relative Einfachheit und die glatte Vollstreckbarkeit. [Vgl. v. Sarwey II S. 6, Schmidt Ztschr. f. d. CPr. I S. 18 f. AM. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2 a. E., Gaupp II S. 640, Petersen S. 804, Hellmann Komm. II S. 509, Dernburg pr. PrR. I § 139 N. 7, Stein a. a. O. S. 77.] Wegen Abweisung der Klage aus dem Grunde, daß der Anspruch sich nicht zum UPr. eignet, s. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 560.

2. „Kann — geltend gemacht werden" — der UPr. ist fakultativ (s. die S. 677 cit. Mot. vorletzter Abs.).

3. „Wenn — bewiesen werden können." Welche Thatsachen zur Begründung des Anspruchs erforderlich sind, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen. Ist dazu die Behauptung einer Kündigung, der Erfüllung einer Bedingung, einer Vorleistung u. dgl. erforderlich, so müssen auch diese Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können. Aus dem materiellen Recht ist insbesondere zu beurteilen, ob zur Begründung des Anspruchs aus einem zweiseitigen Vertrage (s. o. Bem. Nr. 1 litt. d) die Behauptung der Erfüllung seitens des Klägers gehört. Gehört sie dazu — was nach preuß. ALR. I 5 § 271 zweifellos [vgl. Dernburg pr. PrR. II § 110, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 83], nach gem. Recht bestritten [vgl. Windscheid Pand. II § 321 N. 2, v. Vangerow Pand. III § 607 N. II—IV, Stein a. a. O. S. 131], aber zu bejahen ist —, so muß jene Behauptung vom Kläger in der

Klageschrift aufgestellt, es müssen die zum Beweise derselben geeigneten Urkunden der Klageschrift beigefügt und es muß der Beweis derselben in dem Verhandlungstermine durch Vorlegung von Urkunden vollständig geliefert werden. Wenn jene Behauptung nach dem maßgebenden mat. Recht nicht zur Begründung des Anspruchs gehörte, so könnte sie noch als Replik auf die sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrages hin replicando vorgebracht werden; es entfiele das Bedürfnis, der Klageschrift die zum Beweise jener Behauptung diensamen Urkunden beizulegen, und es könnte deren Beweis nicht bloß durch Urkunden, sondern auch durch Eideszuschiebung geführt werden. — Soweit Präsentation des Wechsels zur Begründung des wechselmäßigen Anspruchs nötig ist, muß die Präsentation durch Urkunden erwiesen, es müssen die Urkunden der Klageschrift beigefügt werden [vgl. Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 484, Keyßner Ztschr. f. d. ges. HR. XXV S. 495]. — Urkundenbeweis ist auch für die zur Begründung von Nebenansprüchen erforderlichen thatsächlichen Behauptungen sowie für diejenigen Thatsachen, welche zur Begründung eines zulässigerweise (§ 240) erweiterten Antrags gehören, notwendig [vgl. RG. 5. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 104 S. 383]; ebenso für die Thatsachen, welche das Vorhandensein des Anspruchs in der Person des Klägers, die sog. Aktivlegitimation, ergeben; ferner, wenn das den Klagegrund bildende Rechtsgeschäft von einem Stellvertreter geschlossen — z. B. der Wechsel von einem Prokuristen des Beklagten ausgestellt — wurde, für die Thatsachen, welche die Vertretungsbefugnis ergeben [vgl. RG. 31. März 1885 Entsch. XIII Nr. 97 S. 369]; dagegen nicht für die Legitimation des gesetzlichen Vertreters zum Prozesse [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 610]. Unter Urkunden sind hier nur schriftliche Urkunden zu verstehen (arg. § 556); aber nicht bloß Urkunden, deren Beweiskraft gesetzlich bestimmt ist (s. die S. 676 f. cit. Mot.), sondern auch andere, wenn sie nur im konkreten Fall die volle richterliche Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten Thatsachen begründen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß auf Grund von nicht unterschriebenen Urkunden [RG. 23. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 120 S. 416 ff. läßt den UPr. auf Grund von Koupons zu], von Handelsbüchern 2c. 2c. im UPr. geklagt werde. [So auch alle Komm., Stein a. a. O. S. 95, Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 116 ff.] Thatsachen, welche bei Gericht offenkundig sind, bedürfen auch im UPr. nicht des Beweises [vgl. Stein a. a. O. S. 132 ff., RG. Entsch. XII S. 133, XIII S. 370].

Können nicht die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden, so ist der Urkundenprozeß unstatthaft und die Klage nach mündlicher Verhandlung als in der gewählten Prozeßart unzulässig abzuweisen. Näheres s. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 560.

§ 556.

Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Urkundenprozesse geklagt werde. Die Urkunden müssen in Urschrift oder in Abschrift der Klage beigefügt werden.

Mot. S. 350. KPr. S. 280, 560.

1. Die Klage im UPr. wird erhoben, wie jede andere Klage (§§ 230, 457, 460, 461). Außer den allgemeinen Vorschriften müssen aber bei der Klage im UPr. folgende, dem UPr. eigentümliche Vorschriften beachtet werden.

a) Die Klageschrift muß die Erklärung enthalten, daß im UPr. geklagt werde. (Vgl. RA. v. 1654 § 39.) Diese Erklärung kann weder durch Zustellung eines gesonderten Schriftsatzes noch in der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden. Ist jene Erklärung nicht in der Klageschrift enthalten, so ist die Klage im ordentlichen Prozesse erhoben; das Gesetz gestattet nicht die Überleitung des ordentlichen Prozesses in den UPr.

b) Die Urkunden, durch welche die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen (s. Bem. Nr. 3 zu § 555) bewiesen werden können, müssen in Urschrift oder Abschrift der Klageschrift als Anlagen beigefügt und folglich mit dieser zugestellt werden. Nachträgliche Zustellung der Urkunden oder Niederlegung der Urkunden auf der Gerichtsschreiberei genügt nicht [RG. 11. Juni 1881 Entsch. V Nr. 94 S. 352]. Die Beifügung von Auszügen aus Urkunden genügt, wenn diese Auszüge den vollständigen Beweis für sämtliche zur Begründung der Klage erforderlichen Thatsachen liefern. Urkunden in fremder Sprache genügen der prozessualischen Vorschrift des § 556; es braucht keine Übersetzung beigegeben zu werden, § 133 Abs. 3 kommt erst in der Verhandlung in Betracht [vgl. RG. 28. März 1883 Entsch. IX Nr. 123 S. 437]. — Die Beifügung der Beweisurkunden zur Klageschrift ist wesentliches Erfordernis der Klage. Der Beklagte kann, wenn die Urkunden nicht beigefügt sind, den Mangel rügen; dann ist auf absolutio ab instantia zu erkennen. Rügt jedoch der erschienene Beklagte den Mangel nicht, so hat das Gericht denselben nicht von Amtswegen zu beachten; denn die Beifügung der Urkunden zur Klage ist immerhin nur ein formelles Erfordernis des Klageaktes und nicht, wie die davon wohl zu unterscheidende Antretung des Urkundenbeweises in der mündlichen Verhandlung, Erfordernis der Prozeßart. [So auch Struckm. Koch N. 2, Gaupp II S. 643, Rehbein WO. 3. Aufl. S. 150, Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 392 ff., Stein a. a. O. S. 160 ff.; vgl. a. RG. Entsch. XII S. 133, wo übrigens die Vorschriften über Beifügung der Urkunden zur Klage und über die Beweisantretung in unrichtiger Weise verquickt sind. AM. Wilm. Levy N. 3, A. Förster N. 4, Hellmann Komm. II S. 511 u. Lehrb. S. 377, RG. Entsch. V S. 352.] Ist der Beklagte nicht erschienen, so wird der Mangel nicht geheilt (arg. § 267). — Ist die dem Beklagten behändigte Abschrift der der Klage beigefügten Urkunde durch Schreibversehen inkorrekt oder lückenhaft, so kann der Beklagte, wenn dadurch ein Nachteil für ihn herbeigeführt worden ist, Schutz verlangen, also etwa wegen Mangels der Vorbereitung die Vertagung beantragen; aber der Beklagte kann nicht die absolutio ab instantia verlangen, solange das zugestellte Dokument noch als Abschrift des Originals in Betracht kommen kann. Jedenfalls kann eine aus der Inkorrektheit der Abschrift sich etwa ergebende Ungültigkeit der Zustellung durch Unterlassung der Rüge (§ 267) geheilt werden [vgl. RG. 28. März 1883 Entsch. IX Nr. 123 S. 431 ff.].

2. Als Widerklage im ordentlichen Prozeß kann eine Urkundenprozeßklage nicht erhoben werden, weil einheitliche Verhandlung in zweierlei Prozeßart unmöglich ist [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 120, Stein a. a. O. S. 154].

§ 557.

Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amtswegen anordnen.

Mot. S. 350. KPr. S. 280, 560.

§ 557 stimmt überein mit § 465 Abs. 3 und § 490 Abs. 2. Die Bem. Nr. 1 litt. b zu § 465 und Nr. 2 zu § 490 finden hierher entsprechende Anwendung. Die Vorschriften des § 247 (für das amtsgerichtliche Verfahren modifiziert durch § 465 Abs. 1 und 2) und des § 248 Abs. 2 gelten auch im UPr. [vgl. Stein a. a. O. S. 174].

§ 558.

Widerklagen sind nicht statthaft.

Als Beweismittel sind bezüglich der Echtheit oder Unechtheit einer Ur-

kunde, sowie bezüglich anderer als der im § 555 erwähnten Thatsachen nur Urkunden und Eideszuschiebung zulässig.

Die Antretung des Urkundenbeweises kann nur durch Vorlegung der Urkunden erfolgen.

Die Leistung eines Eides ist durch Beweisbeschluß anzuordnen.

Mot. S. 350—352. KPr. S. 280, 281, 560.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Widerklagen sind, selbst wenn sie gleichfalls nur auf Urkunden basieren, im Urkundenprozesse nicht statthaft, weil sie die notwendig zu erhaltende Einfachheit des Verfahrens stören würden. Erst im folgenden Hauptstreite kann der Beklagte damit gehört werden."

Vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 42. Die Inzidentwiderklage des § 253 ist schon durch § 555 ausgeschlossen. Die Kompensationseinrede ist nicht ausgeschlossen.

2. Zu Abs. 2: a) Bezüglich der zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Behauptungen ist nur Urkundenbeweis zulässig. Bezüglich anderer Behauptungen, mögen dieselben zur Begründung der Verteidigung vom Beklagten oder replicando vom Kläger aufgestellt sein, ist Beweis sowohl durch Urkunden wie durch Eideszuschiebung möglich. Die Zulassung der Eideszuschiebung ist inkonsequent. Der Gleichstellung der Parteien würde es entsprechen, im UPr. nur solche Einreden, Repliken 2c. zuzulassen, deren thatsächliche Begründung ebenso, wie die der Klage, durch Urkunden erwiesen wird. Die Motive (S. 351) geben dies zu und erwähnen noch, daß die Eideszuschiebung auch deshalb für bedenklich erachtet worden sei, weil sie für die betr. Thatsache ein definitives, nicht bloß ein provisorisches Resultat liefere. Sie fertigen jedoch diese Einwände folgendermaßen ab:

„Für das Gesetz liegt darin kein Bedenken; nach der angenommenen Konstruktion des Verfahrens ist das Hauptrecht selbst von vornherein im Streite befangen, eine definitive Entscheidung also dem Wesen des Urkundenprozesses in solcher Gestaltung nicht zuwider. Das Gesetz hat die Eideszuschiebung zum Beweise von Einreden neben den Urkunden zugelassen, weil die Erklärung auf den zugeschobenen Eid der Sache nach nur eine Erklärung über die behaupteten Thatsachen unter stärkerem Zwange ist und vom Kläger ohne Dolus nicht verweigert werden kann. Die Eideszuschiebung führt auch, abgesehen von seltenen Ausnahmefällen (§ 434), sofort zu einem unzweifelhaften Beweisergebnisse."

b) Wird die Echtheit einer vorgelegten Urkunde bestritten, so richtet sich die Beweislast nach den Regeln der §§ 402 und 405. Die hiernach beweispflichtige Partei kann den Echtheits- oder Unechtheitsbeweis nur durch andere Urkunden — aber nicht durch Schriftvergleichung (Mot. S. 351) — oder durch Eideszuschiebung führen. Bezüglich der Zulässigkeit der Eideszuschiebung zum Beweise der Unechtheit öffentlicher Urkunden vgl. Bem. Nr. 3 zu § 402. Die Eideszuschiebung zum Beweise der Echtheit oder Unechtheit ist auch bezüglich derjenigen Urkunden statthaft, welche vom Kläger zum Beweise der in § 555 bezeichneten Thatsachen produziert werden.

c) Die Zulässigkeit der Eideszuschiebung steht unter der Regel des § 410 cf. § 414. Die Zurückschiebung des Eides ist unter den allgemeinen Voraussetzungen gestattet (Mot. S. 351). Die Eideszu- und -zurückschiebung ist auch im UPr. im Verhältnis zu anderen zulässigen Beweismitteln, also zum Urkundenbeweise, subsidiär (§§ 418, 419).

d) Der richterliche Eid ist ausgeschlossen. Arg. „nicht vollständig geführt" in §§ 560 Abs. 2, 561 Abs. 1. [So auch die Komm. sowie Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 505 und Stein S. 198.]

3. Zu Abs. 3: Die Beweisantretung gemäß §§ 386 ff., 393, 397 ist ausgeschlossen [vgl. Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 394]. Beweisantretung durch Bezugnahme auf bei dem Prozeßgericht vorhandene Akten (auch Untersuchungsakten) ist nicht ausgeschlossen, wenn die Akten von der Partei im Verhandlungstermin vorgelegt werden können [vgl. Stein S. 193

und RG. 5. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 9 S. 45]. Die Urkunden sind nach § 122 vorher mitzuteilen; ist dies nicht geschehen, so können sie gleichwohl benutzt werden; die säumige Partei riskiert aber die Vertagung auf ihre Kosten. Zu unterscheiden von der instruktionellen Vorschrift des § 122 ist die im Schlußsatze des § 556 gebotene Beifügung der Urkunden zur Klage [vgl. Francke Ztschr. f. d. CPr. IV S. 279].

4. Zu Abs. 4: Die Motive bemerken:

„Der Urkundenprozeß verträgt kein bedingtes Endurteil, welches erst nach eingetretener Rechtskraft zu purifizieren und vollstreckbar wäre. Die Eigentümlichkeit des klägerischen Prozeßrechts auf absolut schleunige Durchsetzung führt dazu, einen für die Entscheidung des Rechtsstreits präjudiziellen Parteieneid nicht zum Erkenntnisse zu stellen, sondern dessen Abnahme in der Instanz vermittels Beweisbeschlusses anzuordnen. Überflüssige Eide können danach freilich ausgeschworen werden; denn ungeachtet der Vorschrift des § 428, welche auch für den folgenden Hauptstreit die durch Eid festgestellte Thatsache als voll bewiesen bestehen läßt, kann in Folge neuer Einreden oder neuer Beweismittel für frühere, wegen mangelhaften Beweises zurückgewiesene Einreden das Endresultat des Prozesses doch ein solches werden, welches das auf den geschworenen Parteieneid basierte Urteil des Urkundenprozesses in Wegfall bringt."

Ist der Eid durch Beweisbeschluß angeordnet, so kann ein Versäumniszwischenurteil auf Eidesweigerung (§ 430) nur vorkommen, wenn der Schwurpflichtige nicht erscheint, aber ein Bevollmächtigter für ihn auftritt (vgl. Bem. Nr. 3 II A zu § 430). In diesem, übrigens praktisch bedeutungslosen Falle das Verfahren nach § 430 auszuschließen, dazu bietet das Gesetz trotz der Unzweckmäßigkeit des Verfahrens keine Handhabe. [So auch Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 6, A. Förster N. 4, Stein a. a. O. S. 197 f. AM. Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 501 ff.]

5. Die Beweisbeschränkungen des § 558 Abs. 2 und 3 gelten nicht bezüglich der Thatsachen, aus welchen sich der Beweis für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Prozeßvoraussetzungen (s. Bem. Nr. 2 zu § 247) ergiebt. Der Kläger kann also z. B. die zur Begründung des Gerichtsstandes erforderlichen Thatsachen auch durch Zeugen erweisen, wenn das Vorhandensein des Gerichtsstands durch die Einrede der Unzuständigkeit in Frage gestellt und jene Thatsachen bestritten sind. Der Beklagte, welcher die Einrede der Rechtshängigkeit (§ 247 Nr. 3) oder die Einrede, daß die Kosten eines Vorprozesses erst zu erstatten seien (§ 247 Nr. 5), geltend macht, ist bei der Beweisführung über die zur Begründung der Einrede dienenden Behauptungen nicht auf Urkunden und Eid beschränkt. Dies ergiebt sich aus der historischen Entwickelung des UPr.; urkundliche Liquidität wurde von jeher nur für das materielle Rechtsverhältnis verlangt. Es widerstreitet dem Wesen der Prozeßvoraussetzungen, hier den Beweis und die Kognition zu beschränken. Ein Vorbehalt der prozessualischen Verteidigung für den Beklagten nach § 562 wäre nicht ausführbar, da § 562 Widerspruch gegen den materiellen Anspruch fordert. [Vgl. Stein S. 173 ff. bes. S. 180. Abweichend Struckm. Koch N. 2, Gaupp II S. 652 bezüglich der nicht von Amtswegen zu beachtenden Prozeßvoraussetzungen; vgl. auch das in Bem. Nr. 3 I litt. e gegen Ende zu § 235 cit. U. d. RG. Entsch. XVII Nr. 178.]

§ 559.

Der Kläger kann, ohne daß es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozesse in der Weise abstehen, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt.

Mot. S. 352, 353. KPr. S. 281, 560.

1. § 559 wird in den Motiven als eine Konsequenz des Grundsatzes bezeichnet, daß der UPr. ein Vorstadium des ordentlichen Verfahrens sein soll. Die Wendung „der Rechts-

streit bleibt anhängig" bedeutet: der Rechtsstreit geht unter Fortdauer der Rechtshängigkeit der Streitsache in das ordentliche Verfahren über. [Damit dürfte sich die Polemik Steins a. a. O. S. 39 ff. erledigen. Vgl. zu § 559 auch Stein a. a. O. S. 254 ff., 303 ff.]

a) Die Erklärung, vom UPr. abzustehen, muß vorbehaltlos sein. Giebt der Kläger nur dem Gericht anheim, für den Fall, daß es den UPr. für unzulässig erachte, den Prozeß in das ordentliche Verfahren überzuleiten, so ist der Prozeß nicht in das Ordinarium übergeleitet und die Klage ist, wenn das Gericht den UPr. als nicht statthaft erachtet, als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abzuweisen [RG. 13. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 94 S. 352].

b) Die Erklärung muß in der mündlichen Verhandlung abgegeben werden. Die Zustellung eines Schriftsatzes, welcher die Erklärung enthält, hat nur vorbereitende Bedeutung. § 243 Abs. 2 ist nicht anwendbar; denn die Erklärung ist keine Zurücknahme der Klage. [So auch Wilm. Levy N. 1 zu § 559, v. Bülow N. 2 zu § 559, A. Förster N. 2, Hellmann Lehrb. S. 939, Stein a. a. O. S. 261. AM. Struckm. Koch N. 1, v. Sarwey II S. 11, Gaupp II S. 647 f.; vgl. a. RG. Entsch. V S. 354.] Ist der Beklagte erschienen, so kann sofort im ordentlichen Verfahren weiter verhandelt werden. Ist der Bekl. im Termine nicht erschienen, so kann der Kläger zwar seinen Abstand vom UPr. erklären (Mot. S. 353), in diesem Termine aber kein Versäumnisurteil nicht erwirken, weil zu der Verhandlung im ordentlichen Verfahren nicht geladen ist [vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Stein a. a. O. S. 270 u. a. AM. Hellmann Komm. II S. 516 und Lehrb. S. 943, Kleiner II S. 611]. Es ist daher Vertagung nötig. Zu dem neuen Termine ist der Beklagte seitens des Klägers zu laden (arg. § 300 Abs. 2); die Terminsverkündung macht die Ladung nicht überflüssig. [So auch die Mot. S. 353, Struckm. Koch N. 2, A. Förster N. 4. AM. Wilm. Levy N. 1, v. Bülow N. 3, welche zum verkündeten Termine keine Ladung verlangen.] Die Veranlassung, in Abwesenheit des Bekl. vom UPr. abzustehen, ergiebt sich daraus, daß auch in Abwesenheit des Bekl. die Voraussetzungen des UPr. zu prüfen sind.

c) Abstand vom UPr. ist in jedem Stadium des Verfahrens in der ersten Instanz zulässig; auch noch im Verfahren nach Einspruch, denn der Einspruch versetzt den Prozeß in die vor der Versäumnis vorhandene Situation zurück [aM. Stein a. a. O. S. 266]. Auch nach einem Beweisbeschlusse, durch welchen eine Eidesleistung angeordnet wird, kann der Kläger vom Urkundenprozeß abstehen; er kann also die Leistung eines ihm auferlegten Eides ohne Rechtsnachteil in der Sache selbst verweigern und die Leistung eines dem Beklagten auferlegten Eides abschneiden, indem er zum ordentlichen Verfahren übergeht (KPr. S. 281). Dadurch ergiebt sich nicht, wie in der JK. d. RT. (KPr. S. 280 f.) behauptet wurde, eine Ungleichheit zwischen der Stellung des Klägers und der des Beklagten. Denn der Beklagte kann, wenn dem Gegner oder ihm selbst durch Beweisbeschluß ein Eid auferlegt ist, die Einwendung, welche zu dieser Eidesleistung führte, mit dem Vorbehalt für den ordentlichen Prozeß im UPr. zurückziehen und auf diese Weise bewirken, daß er im UPr. zwar verurteilt wird, im Nachverfahren aber alle Beweismittel geltend machen kann. — In der Berufungsinstanz kann der Kläger nicht mehr zum ordentlichen Verfahren übergehen; denn der Kläger ist nicht befugt, dem Beklagten, welcher durch Berufung das Urteil als ohne Recht im UPr. gegen ihn ergangen beseitigen könnte, diese Möglichkeit durch den Übergang zum ordentlichen Prozeß zu entziehen und dadurch die Aufhebung des fortdauernd vollstreckbaren, weil im UPr. ergangenen, Urteils vom Ausgange des Ordinarium abhängig zu machen. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 1, Petersen S. 811, Wach I S. 276 N. 21, Planck I S. 309 N. 8, Stein a. a. O. S. 262 ff. Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 242 ff., Keyßner Ztschr. f. d. g. HR. XXV S. 492 N. 157, Rehbein WO. S. 152, RG. 11. Juni 1881 Entsch. V Nr. 94 S. 353 f., 1. Oktober 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1177, OLG. Breslau Ztschr.

f. d. CPr. V S. 242. AM. Gaupp II S. 647, Hellmann Komm. II S. 517 und Lehrb. S. 939, A. Förster N. 3, Endemann II S. 445.]

2. Aus der Fortdauer der Rechtshängigkeit folgt: a) Neue Klagestellung ist nicht bloß unnötig, sondern es stände derselben die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen. b) Die formalen und materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit (§§ 235, 239) bleiben bestehen. c) Bei neuer Ladung des Beklagten (s. Bem. Nr. 1 litt. b) ist nicht die Einlassungs-, sondern die Ladungsfrist (§ 194) zu wahren. d) Der Beklagte kann den Kläger laden. e) Die in dem UPr. vorgekommenen gerichtlichen Geständnisse, Präklusionen, Verzichte &c. behalten im ordentlichen Verfahren ihre Wirkung. Näheres s. Bem. Nr. 1 zu § 562.

Hinsichtlich der Kosten gilt das ordentliche Verfahren als besonderer Rechtsstreit (GKG. § 33).

3. Übergang vom Wechselprozeß zum UPr. ist zulässig und wegen der Möglichkeit, den Wechsel als Beweisurkunde für eine nicht wechselmäßige Verpflichtung zu benützen, nicht ohne praktische Bedeutung [vgl. RG. 12. Juni 1886 SA. XLII Nr. 170, OLG. Karlsruhe Bad. Ann. XL S. 33. AM. Stein a. a. O. S. 270].

§ 560.

Insoweit der in der Klage geltend gemachte Anspruch an sich oder infolge einer Einrede des Beklagten als unbegründet sich darstellt, ist der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen.

Ist der Urkundenprozeß unstatthaft, ist insbesondere ein dem Kläger obliegender Beweis nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt, so wird die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen, selbst wenn in dem Termine zur mündlichen Verhandlung der Beklagte nicht erschienen ist oder der Klage nur auf Grund von Einwendungen widersprochen hat, welche rechtlich unbegründet oder im Urkundenprozesse unstatthaft sind.

Mot. S. 352, 353. KPr. S. 281, 560.

1. Abweisung des Klägers „mit dem Anspruche" erfolgt:

a) wenn gegen den ausgebliebenen Kläger ein Versäumnisurteil (§ 295) erlassen wird;

b) wenn der Anspruch des Klägers als materiell unbegründet sich darstellt, das ist, wenn die vom Kläger vorgebrachten Behauptungen den Klagantrag nicht rechtfertigen [vgl. RG. 7. April 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1066] oder wenn der Antrag zufolge der Verteidigung des Beklagten als nicht zu Recht bestehend erscheint. Wird z. B. der Einwand der Wechselunfähigkeit für begründet erachtet, so ist der Kläger mit dem Anspruch abzuweisen [RG. 13. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 94 S. 352]. Wegen Mangels von Beweis kann im UPr. der Kläger nicht als sachfällig abgewiesen werden [vgl. Stein UPr. S. 224 ff.].

c) Wenn der Kläger auf den Anspruch verzichtet (§ 277).

2. Auf absolutio ab instantia muß erkannt werden:

a) wenn es an einer der allgemeinen Prozeßvoraussetzungen mangelt. Ob der Mangel ex officio oder erst auf Rüge seitens des Beklagten zu beachten ist, richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 247 und Bem. Nr. 2 zu § 248.

b) Wenn der erhobene Anspruch nicht die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen zum Gegenstande hat oder wenn nicht die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden erwiesen werden können. Die abs. ab inst. aus diesen Gründen ist als Abweisung

der Klage als „in der gewählten Prozeßart unstatthaft" zu formulieren. Das Urteil ist, wie jede abs. ab inst., Endurteil, daher mittels Berufung oder Revision anfechtbar, nicht mit Einspruch, weil es niemals auf Versäumnisfolgen beruht. Es begründet nicht die Einrede der abgeurteilten Sache gegenüber neuer Klage. [Teilweise anders Stein a. a. O. S. 228 ff.] Die abs. ab inst. muß auch ausgesprochen werden, wenn der zur mündlichen Verhandlung erschienene Beklagte die zur Begründung der Klage erforderlichen thatsächlichen Behauptungen zugesteht oder nicht widerspricht (anders beim Anerkenntnis s. u.) und auch, wenn der Beklagte den Verhandlungstermin versäumt; denn sowohl die Qualifikation des Anspruchs zum UPr. seinem Gegenstande nach als auch dessen urkundliche Liquidität sind Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Urkundenprozesses und die historische Entwickelung des UPr. sowie die Fassung des § 555 sprechen dafür, daß ein Mangel dieser Voraussetzungen von Amtswegen zu beachten ist. Die historische Entwickelung: denn nach dem früheren Recht war die Klage im Exekutivprozeß a limine zurückzuweisen, wenn der erhobene Anspruch seinem Gegenstand nach oder, weil er nicht urkundlich liquid gestellt war, sich nicht zu dieser Prozeßart eignete [vgl. dazu Stein a. a. O. S. 101 ff.]; der Umstand aber, daß das moderne Prozeßrecht eine Abweisung der Klage erst nach mündlicher Verhandlung kennt, hat an der Offizialprüfung der Zulässigkeit der Prozeßart nichts geändert. Die Fassung des § 555: denn das Gesetz macht die Zulässigkeit des UPr. davon abhängig, daß die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können, setzt also die von dem Verhalten des Beklagten unabhängige abstrakte Möglichkeit des urkundlichen Beweises als Bedingung für die Zulässigkeit der Prozeßart und folglich auch eines in dieser Prozeßart ergehenden Urteils.

Während allgemein anerkannt ist, daß die Klage trotz Geständnis oder Säumnis des Beklagten abgewiesen werden muß, wenn der Anspruch sich dem Gegenstande nach nicht zum UPr. eignet, ist die Abweisung wegen Mangels des urkundlichen Beweises der Klagethatsachen im Falle des Geständnisses und der Säumnis des Beklagten bestritten. Man glaubt nämlich daraus, daß zugestandene und als zugestanden geltende Thatsachen des Beweises nicht bedürfen, folgern zu dürfen, daß der Kläger für die zur Anspruchsbegründung dienenden Thatsachen einen Beweis in der mündlichen Verhandlung überhaupt nicht anzutreten habe, woraus sich ergeben würde, daß die Klage in einem solchen Falle nicht „wegen Mangels eines dem Kläger obliegenden Beweises" (s. Abs. 2 des § 560) abgewiesen werden könne. Allein dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Allerdings tritt bei Zugeständnis der die Klage begründenden Thatsachen kein Bedürfnis ein, diese Thatsachen zu erweisen; aber dieses Nichteintreten des Beweisbedürfnisses beseitigt nicht die Pflicht des Gerichts, von dem ein Urteil im UPr. verlangt wird, die Zulässigkeit der Prozeßart zu prüfen. Um diese Prüfung zu ermöglichen, muß der Kläger trotz dem Zugeständnisse der Klagethatsachen im Verhandlungstermine dem Gerichte die Urkunden vorlegen, aus denen sich der Beweis der zur Anspruchsbegründung dienenden Thatsachen ergeben soll; das Gericht hat zu prüfen, ob sich dieser Beweis daraus ergiebt (indici fit probatio), und die Klage abzuweisen, wenn dies nicht der Fall ist. [Vgl. Gaupp II S. 650, Petersen S. 814, v. Sarwey II S. 13, Hellmann Komm. II S. 520 und Lehrb. S. 937, Kurlbaum Ztschr. f. d. CPr. III S. 194, Francke eod. IV S. 279 ff., H. Meyer eod. IX S. 343, Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 247 ff., Stein UPr. S. 99 ff. bes. S. 110. AM. Struckm. Koch N. 3, ~~Wilm. Levy N. 7~~, A. Förster N. 3 zu § 555, Endemann II S. 542, Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 479 ff., 500, RG. 10. Juli 1884 Entsch. XII Nr. 29 S. 133.] Nicht anders steht es bei Säumnis des Beklagten. Auch hier muß der Kläger, um ein Urteil im UPr. zu erhalten, dem Gericht die zum Beweis der klagebegründenden Thatsachen ausreichenden Urkunden vorlegen, das Gericht muß die Klage ab-

weisen, wenn Urkunden nicht vorgelegt werden oder vorgelegte Urkunden zum Beweise dieser Thatsachen nicht ausreichen. Dem Präjudize des § 296 gemäß gilt die Echtheit der dem Beklagten als Anlage der Klageschrift zugestellten Urkunden als zugestanden, aber weitere Bedeutung hat das Präjudiz des § 296 im UPr. nicht. Es ist eine müßige Frage, ob dieses Präjudiz sich auch auf die Klagethatsachen selbst beziehe; denn selbst wenn dies der Fall wäre, dürfte das Gericht den Beklagten nicht verurteilen, sondern müßte die Klage in der Prozeßart abweisen, falls der Kläger die zum Beweise erforderlichen Urkunden im Verhandlungstermin nicht vorlegt. Die Motive verneinen übrigens die Anwendbarkeit des § 296 auf jene Thatsachen:

> „Der Kläger, welcher den UPr. gewählt hat oder bei demselben beharrt, kann die Vorteile desselben nur verlangen, wenn er für den an sich begründeten Anspruch einen vollständigen urkundlichen Beweis antritt bzw. erbringt. Das gilt auch beim Ausbleiben des Beklagten. Die Annahme, daß der ungehorsame Beklagte die zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen zugestehe, wie sie im ordentlichen Prozesse Platz greift, verträgt sich mit den materiellen Bedingungen, wie sie auf Seite des klägerischen Prozeßrechts vorliegen müssen, nicht."

Ist auch der Schlußsatz in der vorliegenden Fassung nicht über Bedenken erhaben (was heißt „materielle Bedingungen eines Prozeßrechts"?), so ist doch die darin ausgesprochene Ansicht, daß die Versäumnis des Beklagten den Kläger nicht der Verpflichtung enthebe, die Klagethatsachen durch Vorlegung von Urkunden zu erweisen, vollständig richtig. Es erscheint daher nicht ganz korrekt, wenn das Versäumnisurteil im UPr. einfach auf das Präjudiz des Zugeständnisses der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen gestützt wird [wie das in den preuß. Formularen Nr. 35, 178, 208 aus Vierhaus Formularbuch S. 30, 134, 160 geschehen ist]; vielmehr muß in dem Versäumnisurteil festgestellt werden, daß der Kläger den Beweis der Klagethatsachen in dem Verhandlungstermin durch Vorlegung von Urkunden angetreten und erbracht habe, daß diese Urkunden dem Beklagten mit der Klage zugestellt worden seien und daher dem Präjudize des § 296 gemäß als anerkannt gelten. [Vgl. Struckm. Koch N. 3 Abs. 3, Wilm. Levy N. 6, A. Förster N. 3, Gaupp II S. 650, Petersen S. 814, Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 479 ff., Stein UPr. S. 236 ff., OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 510. Abweichend Kurlbaum Ztschr. f. d. CPr. III S. 191 ff., Drache eod. S. 291 ff., Francke eod. IV S. 282 ff., Hankel Arch. f. c. Pr. LXXI S. 365 ff.]

Anders gestaltet sich die Sachlage beim gerichtlichen Anerkenntnis (§ 278). Wenn und soweit der Beklagte den Anspruch des Klägers gerichtlich anerkennt, verzichtet er auf die gerichtliche Prüfung der Existenz des Anspruchs. Das Urteil des Gerichts erfolgt ohne Prüfung der Existenz des Anspruchs auf Grund des Anerkenntnisses. Folglich hat das Gericht gar keinen Anlaß, zu prüfen, ob der UPr. zulässig ist. Auch wenn dies nicht der Fall wäre, müßte auf Grund des Anerkenntnisses verurteilt werden; denn ein Urteil auf Grund Anerkenntnisses ist ebenso wie das Urteil im UPr. von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 648 Nr. 1 und 4), unterscheidet sich also dadurch, daß es im UPr. erlassen würde, in nichts von dem im gewöhnlichen Prozesse auf Grund Anerkenntnisses erlassenen Urteil. Der Kläger braucht im Falle des Anerkenntnisses nicht wegen etwaiger Bedenken gegen die Zulässigkeit der Prozeßart vom UPr. abzustehen, was wegen des GKG. § 33 bedeutsam ist. [So auch Mot. S. 353 und Komm., sowie RG. 11. Juni 1881 Entsch. V Nr. 94 S. 352, 28. März 1883 IX Nr. 123 S. 434.] — Hat der erschienene Beklagte dem Anspruche auf Grund von Einwendungen widersprochen, welche rechtlich unbegründet oder im UPr. wegen der Unmöglichkeit, sie durch Urkunden oder Eid zu erweisen, unstatthaft sind, so liegt gleichwohl kein Anerkenntnis vor; das Gericht hat die Zulässigkeit des UPr. zu prüfen und wenn sie nicht gegeben ist, die Klage „als in der gewählten Prozeßart unstatthaft" abzuweisen.

c) Endlich ist die Klage „als in der gewählten Prozeßart unstatthaft" abzuweisen, wenn der Kläger andere als die in § 555 erwähnten Thatsachen zu erweisen hat und nicht durch Urkunden oder Eid vollständig beweisen kann. Dies kann nur vorkommen, wenn der Beklagte im Verhandlungstermin erschienen ist und der Kläger zufolge der Verteidigung des Beklagten die Echtheit einer Urkunde oder die Wahrheit einer nicht zur Begründung des Anspruchs gehörigen Thatsache zu beweisen hat. — Bezüglich der Anfechtbarkeit dieser abs. ab inst. und deren Verhältnis gegenüber neuer Klage gilt das ad b Gesagte.

§ 561.

Einwendungen des Beklagten sind, wenn der dem Beklagten obliegende Beweis derselben nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist, als im Urkundenprozesse unstatthaft zurückzuweisen.

Mot. S. 353, 354. KPr. S. 281, 560.

1. Die Motive bemerken: „Die im Urkundenprozesse vom Beklagten erhobenen Einwendungen und Dupliken gelten, weil das Hauptrecht des Klägers in lite, für den ganzen Prozeß erhoben; im Stadium des Urkundenstreits aber ist Beklagter hinsichtlich derselben auf Urkunden und Eideszuschiebung beschränkt. Vermag er sie auf diese Weise nicht oder nicht vollständig zu erweisen, so folgt daraus noch nichts für die wirkliche Grundlosigkeit derselben, sie können deshalb auch nur in diesem Verfahren, d. i. provisorisch, zurückgewiesen und in dem anschließenden ordentlichen Verfahren vom Beklagten wieder aufgenommen werden. Damit ist die Verurteilung des Beklagten im Urkundenprozesse verbunden; der auszusprechende Vorbehalt seiner Rechte ist in diesem Falle selbstverständlich. Sind die Einreden oder Dupliken materiell hinfällig, so wird über dieselben zwar sachlich entschieden, gleichwohl sind auch hier in dem verurteilenden Erkenntnisse dem Beklagten seine Rechte vorzubehalten wegen des nur unvollständigen Gehörs, das ihm im ersten Stadium des Verfahrens bewilligt war."

Unter „Einwendungen" des Beklagten sind alle Arten von Verteidigungsbehelfen zu verstehen, deren Beweis dem Beklagten obliegt; also nicht bloß die exceptiones im römischen Sinn. Der Ausdruck „Einwendung" ist von der sog. Vorkommission an Stelle von „Einrede" gesetzt [s. Wilm. Levy N. 1 zu § 560], um der mißverständlichen Verwechselung mit Einrede i. e. S. vorzubeugen. Zu den Einwendungen im Sinne des § 561 gehört z. B. auch die Bestreitung der Echtheit einer öffentlichen Urkunde; denn der Beklagte muß den Beweis der Unechtheit führen. Soweit die zur Begründung der Einwendungen dienenden Behauptungen widersprochen werden, werden sie des Beweises bedürftig, und dann wird die Beschränkung der Beweismittel wirksam.

2. Die Zurückweisung der im UPr. unstatthaften Einwendungen ist in den Gründen auszusprechen. In die Urteilsformel ist nur der allgemeine Vorbehalt des § 562 aufzunehmen.

§ 562.

Dem Beklagten, welcher dem geltend gemachten Anspruche widersprochen hat, ist in allen Fällen, in denen er verurteilt wird, die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten.

Enthält das Urteil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urteils nach Vorschrift des § 292 beantragt werden.

Das Urteil, welches unter Vorbehalt der Rechte ergeht, ist in betreff der Rechtsmittel und der Zwangvollstreckung als Endurteil anzusehen.

Mot. S. 354, 355. KPr. S. 281, 560.

1. Zu Abs. 1: Ohne Vorbehalt der Rechte kann der Beklagte nur verurteilt

werden, wenn er den erhobenen Anspruch bedingungslos anerkennt (§ 278) oder wenn er im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint oder nicht verhandelt. Der Vorbehalt ist insbesondere auch dann auszusprechen, wenn der verurteilte Beklagte nur aus Rechtsgründen dem Anspruche widersprochen hat und wenn die Einwendungen des Beklagten als materiell unbegründet (nicht bloß als im UPr. unstatthaft) verworfen werden. Der Vorbehalt des Nachprozesses ist auch in diesen Fällen trotz dem Fortwirken der im UPr. getroffenen Entscheidung für den Nachprozeß nicht bedeutungslos, weil er dem Beklagten die Möglichkeit anderer Verteidigung eröffnet [vgl. OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. IX S. 484]. — Der Widerspruch gegen den erhobenen Anspruch braucht nicht begründet zu werden; der Beklagte kann erklären, daß er sich die Ausführung seines Widerspruchs für den ordentlichen Prozeß vorbehalten und im UPr. die Verurteilung über sich ergehen lassen wolle [vgl. Stein a. a. O. S. 215].

2. Zu Abs. 2: Der Vorbehalt ist in der Urteilsformel (§ 284 Nr. 5) auszusprechen und zwar, wenn Widerspruch erhoben ist, ohne besonderen Antrag des Beklagten [Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 346]. Ist dies übersehen, so kann die Ergänzung entweder im Wege des Ergänzungsantrags (§ 292) oder durch Rechtsmittel erlangt werden. Ist die Frist des § 292 abgelaufen, so ist nur noch der Weg der Rechtsmittel offen. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 653 f., Endemann II S. 552, Petersen S. 815, v. Sarwey II S. 15, Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 513 ff., Stein a. a. O. S. 216, RG. 7. März 1883 Entsch. X Nr. 105 S. 348. AM. Hellmann Komm. II S. 523, Kleiner II S. 668.] Vgl. a. Bem. Nr. 2 zu § 502.

3. Zu Abs. 3: Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 502. Die dort entwickelten Sätze finden hierher entsprechende Anwendung. Vgl. ferner Bem. Nr. 6 zu § 648. Das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil, welches unter Vorbehalt der Rechte ergeht, wird mit Eintritt der formellen Rechtskraft (§ 645) definitiv vollstreckbar. Daß der Vorbehalt noch nicht erledigt ist, hemmt die definitive Vollstreckbarkeit nicht, weil das Vorbehaltsurteil in § 562 in betreff der Zwangsvollstreckung wie ein Endurteil anzusehen ist [vgl. Wilm. Levy N. 2 zu § 652, Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.-Ordn. S. 236, Wolff Eintr. in d. Grundb. S. 36, RG. 13. Jan. 1886 Jur. WSchr. S. 73, OLG. Dresden Sächs. Ann. VI S. 183 f., VII S. 38. AM. Stein a. a. O. S. 272]. Der Übergang der vorl. Vollstreckbarkeit zur definitiven ist wegen der nach §§ 651, 652 zur Abwendung oder Erlangung der vorl. Vollstreckbarkeit gestellten Sicherheit sowie wegen des § 658 bedeutsam. Schutz gegen Gefährdung des dem Verurteilten eventuell zustehenden Rückforderungsrechts bieten Arrest und einstweilige Verfügung.

4. Das Berufungsgericht kann in die Lage kommen, den Vorbehalt auszusprechen, wenn das Untergericht unterlassen hatte, den Vorbehalt der Verurteilung beizufügen, oder wenn das Untergericht die Klage abgewiesen hatte, während das Berufungsgericht die Verurteilung mit Vorbehalt für angezeigt erachtet. Über die Frage, ob Zurückverweisung erfolgen könne, s. Bem. Nr. 6 litt. c zu § 500. Wird nicht an die erste Instanz zurückverwiesen, so bleibt der Rechtsstreit bei dem Berufungsgericht anhängig. [AM. Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 347.] Ist das Revisionsgericht der Ansicht, daß einer Verurteilung der fehlende Vorbehalt beizufügen oder daß statt Abweisung der Klage eine Verurteilung mit Vorbehalt auszusprechen sei, so hat es nicht selbst ein Urteil mit Vorbehalt zu erlassen — denn das wäre nicht Endentscheidung im Sinne des § 528 Nr. 1 — sondern das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. Das Ordinarium wird dann beim Berufungsgericht anhängig. [Vgl. Wilm. Levy N. 1. AM. Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 514, Brettner eod. III S. 347, welche übrigens darin zustimmen, daß das Ordinarium beim Ber.-Ger. anhängig wird.]

§ 563.

Wird dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten, so bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig.

Insoweit sich in diesem Verfahren ergiebt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urteil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen und zur vollen oder teilweisen Erstattung der verursachten Kosten sowie auf Antrag zur Erstattung des von Beklagten auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen.

Erscheint in diesem Verfahren eine Partei nicht, so finden die Vorschriften über das Versäumnisurteil entsprechende Anwendung.

Mot. S. 352—355. KPr. S. 281, 560, 720.

1. Zu Abs. 1: Der Vorbehalt muß stets allgemein, nicht bloß als Vorbehalt der bereits im UPr. vorgebrachten Einwendungen erfolgen (Mot. S. 354) [OLG. Celle SA. XXXVI Nr. 168]. — Wegen des Nachverfahrens im Wechselprozeß s. Bem. Nr. 3 Abs. 3 zu § 565.

Die Fortdauer der Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen: a) Der Nachprozeß kann von dem Kläger und von dem Beklagten betrieben werden. Das Gericht bestimmt aber nicht von Amtswegen Termin; sondern es ist Ladung seitens einer Partei nötig (s. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. f ζ vor § 191). Dabei ist die Ladungs- nicht die Einlassungsfrist zu wahren. Die Parteistellung bleibt unverändert.

b) Die prozessualischen (§ 235) und die materiellrechtlichen (§ 239) Wirkungen der Rechtshängigkeit dauern fort. Das Nachverfahren kann also nicht bei einem andern Gericht anhängig gemacht werden (§ 235 Nr. 1). Die Zuständigkeit des Gerichts dauert fort (§ 235 Nr. 2). Es bleibt daher z. B. das Landgericht für das Nachverfahren zuständig, wenngleich die Einwendungen einen Streitgegenstand von weniger als 300 ℳ betreffen. Auch die Zuständigkeit der Kammer f. Handelssachen dauert fort [vgl. Keyßner Ztschr. f. d. g. HR. XXV S. 493, Stein a. a. O. S. 318]. — Das Verbot der Klagänderung (§ 235 Nr. 3) dauert fort; es kann daher im Nachverfahren ein neuer Klagegrund nicht geltend gemacht werden. [Vgl. RG. 3. Nov. 1883 Entsch. XI Nr. 1 S. 4. Dieses U. ist insofern nicht richtig, als es dem Zahlungsversprechen die Eigenschaft eines selbständigen Klagegrundes abspricht und dessen Geltendmachung im Nachverfahren gleichwohl als unzulässig erachtet.] — Über die Anhängigkeit beim Berufungsgericht s. Bem. Nr. 4 zu § 562.

c) Die im UPr. abgegebenen Erklärungen der Parteien über Thatsachen und Urkunden — Geständnisse (§ 261), Anerkenntnisse von Urkunden — desgleichen die im UPr. zufolge von Unterlassungen eingetretenen Präklusionen, welche vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung eintreten (eine Zusammenstellung s. Bem. Nr. 5 zu § 251; von den daselbst aufgeführten Präklusionen bleiben die sub litt. c und g genannten hier außer Betracht), behalten ihre Wirksamkeit auch für das Nachverfahren. Ebenso die Eidesleistung, woraus folgt, daß im Nachverfahren der Beweis des Gegenteils der im UPr. beschworenen, positiven oder negativen Thatsache nur unter denselben Voraussetzungen stattfindet, unter welchen ein rechtskräftiges Urteil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann (§§ 428 Abs. 2, 543 Nr. 1) [vgl. RG. 21. Nov. 1883 Entsch. XIV Nr. 89 S. 322, 22. Nov. 1884 XIII Nr. 108 S. 399, 13. Okt. 1885 XIV Nr. 55 S. 220, 9. Dez. 1886 XVIII Nr. 82 S. 378 ff.]. Auch die im UPr. erfolgte Eidesweigerung [vgl. RG. 29. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1160] und Eideserlassung behält im Nachverfahren ihre Wirksamkeit. Dagegen sind Präklusionen, welche erst durch den Schluß der Verhandlung im UPr. eintreten,

für das Nachverfahren nicht wirksam. Es kann daher im Nachprozesse eine Thatsache, welche gemäß § 129 Abs. 2 im UPr. als zugestanden galt, oder die Echtheit einer Urkunde, welche im UPr. weder ausdrücklich anerkannt noch bestritten wurde, trotz § 404 Abs. 2 bestritten, es kann eine im UPr. versäumte Eideserklärung oder Eidesleistung im Nachverfahren nachgeholt werden [vgl. Stein S. 320 f.].

d) Das Urteil im UPr. hat insoweit, als es nicht auf der eigentümlichen Beschränkung des Verfahrens im UPr. beruht, als Zwischenurteil für das Nachverfahren bindende Kraft (§ 289). Der § 685 Abs. 2 des Nordd. Entw. spricht dies besonders aus, um der entgegenstehenden — auch vom ROHG. Entsch. II S. 344 ff. reprobierten — preußischen Praxis entgegen zu treten. Die Mot. S. 355 erklären eine solche Bestimmung für überflüssig, weil sich diese Folge bei Festhaltung des Gedankens, daß Urkunden- und ordentlicher Prozeß zusammen materiell nur einen einzigen Prozeß bilden, von selbst ergebe. Richtiger: diese Folge ergiebt sich aus der Identität des Streitgegenstandes in beiden Prozessen. Sind also Einwendungen des Beklagten im UPr. aus thatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen als materiell unbegründet — nicht bloß als im UPr. unstatthaft (§ 561) — verworfen worden, so kann sich das Nachverfahren auf diese Einwendungen nicht erstrecken [vgl. OLG. Kiel SA. XLI Nr. 79]. Dabei ist jedoch die oben ad c erwähnte Zulässigkeit des Gegenbeweises gegen beschworene Thatsachen unter den Voraussetzungen des § 543 Nr. 1 zu beachten. Neue Einwendungen und neue Beweise für solche Einwendungen, welche wegen Mangels des im UPr. zulässigen Beweises verworfen wurden, können vorgebracht werden [vgl. RG. 7. Jan. 1882 SA. XXXVII Nr. 349, OLG. Karlsruhe eod. Nr. 350].

2. Zu Abs. 2: Vgl. § 503 Abs. 3. a) Ergiebt sich im Nachprozesse, daß die Verteidigung des Beklagten materiell unbegründet ist, so ist das im UPr. ergangene Urteil zu bestätigen (Formel: „Es hat bei dem Urteile vom . . . sein Bewenden."). Über die Kosten des Verfahrens ist nach den allgemeinen Regeln (§§ 87 ff.) zu erkennen. b) Ergiebt sich dagegen im Nachprozesse, daß der Anspruch ganz oder teilweise unbegründet war, so ist das frühere Urteil ganz oder teilweise aufzuheben und insoweit auf Abweisung des Klägers mit dem Anspruche zu erkennen. Die Kosten des UPr. und des Nachverfahrens sind als Einheit zu betrachten, es ist über dieselben neu zu erkennen nach den Regeln der §§ 87 ff. Hat der Beklagte auf Grund des im UPr. ergangenen Urteils gezahlt oder geleistet, so kann er bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, innerhalb des Nachverfahrens die Verurteilung des Klägers zur Erstattung verlangen. Über einen solchen Antrag ist mündlich zu verhandeln [vgl. Stein S. 330 ff.]. Wegen etwaigen Schadensersatzanspruchs vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 1 a. E. zu § 503. Wenn ein Schadensersatzanspruch begründet ist, kann er mittels besonderer Klage oder Widerklage geltend gemacht werden. c) Sowohl das Urteil, welches das Urteil des UPr. bestätigt, wie dasjenige, welches das Urteil ganz oder teilweise aufhebt, kann mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln angefochten werden. d) Da im Ordinarium verhandelt werden kann, ehe das Urteil des UPr. rechtskräftig ist, so kann sich ergeben, daß das Urteil im Ordinarium eher die Rechtskraft beschreitet, als das Urteil im UPr. Ist über Berufung gegen das Urteil im UPr. zu entscheiden, nachdem im Ordinarium schon rechtskräftig geurteilt ist, so kann auf Grund letzteren Urteils im UPr. die ex. rei iud. geltend gemacht werden [vgl. RG. 5. Febr. 1884 SA. XL Nr. 76]. e) Insoweit sich jedoch das Urteil im Nachverfahren auf das Urteil im UPr. stützt, ist es in seinem Bestande davon abhängig, daß letzteres Urteil rechtskräftig wird [vgl. Stein a. a. O. S. 341 f.].

3. Zu Abs. 3: Bleibt der Kläger aus, so ist die Klage abzuweisen (§ 295). Bleibt der Beklagte aus, so ist an Stelle des mit Vorbehalt verurteilenden Erkenntnisses ein definitiv verurteilendes zu erlassen (§ 296). Das im UPr. ergangene Urteil kommt im Nachverfahren

nur insofern in Betracht, als bei Versäumnis des Beklagten die Klage nicht als unschlüssig (§ 296 Abs. 2 Schlußsatz) abgewiesen werden kann [vgl. Stein S. 327]. Auch das rechtskräftige Versäumnisurteil des Nachverfahrens begründet die exc. rei iud. für den Fall, daß das noch nicht rechtskräftige Urteil im UPr. angefochten wird (vgl. Bem. Nr. 2 litt. d).

§ 564.

Die Vorschriften der §§ 502, 503 finden im Urkundenprozesse keine Anwendung.

Mot. S. 311, 312, 355. KPr. S. 581, 560.

Dem weitergehenden Vorbehalt des § 562 gegenüber wäre der Vorbehalt bestimmter Verteidigungsmittel nach § 502 zweck- und sinnlos.

§ 565.

Werden im Urkundenprozesse Ansprüche aus Wechseln im Sinne der Wechselordnung geltend gemacht (Wechselprozeß), so kommen die nachfolgenden besonderen Vorschriften zur Anwendung.

Mot. S. 355, 356. KPr. S. 281, 560.

1. Litteratur: Sydow Erörterungen zum Wechselprozeß Ztschr. f. d. CPr. II S. 470 ff., Thöl Wechselrecht (4. Aufl.) § 198a, v. Wächter Encykl. d. WR. S. 817, Gareis in v. Holtzend. Rechtslex. III S. 1291 f. (s. v. Wechselprozeß), Stein UPr. S. 200 ff.

2. Im „Urkundenprozeß". Für den Wechselprozeß gelten die Vorschriften des UPr. mit dem Abmaße, daß die in § 555 enthaltene Beschränkung auf Ansprüche, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand haben, für den W.Pr. nicht besteht. Für die Ansprüche auf Sicherstellung (WO. Art. 26, 29) steht die Zulässigkeit des Wechselprozesses schon deswegen außer Zweifel, weil WO. Art. 26 die Zulässigkeit des Wechselprozesses ausspricht und diese Bestimmung gemäß EG. z. CPr. § 13 Abs. 1 fortgilt. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 659, Sydow a. a. O. S. 472, v. Amsberg Ztschr. f. d. g. HR. XXIV S. 329 ff., Keyßner eod. XXV S. 490, Dernburg Pr. PrR. § 280 N. 1, Stein a. a. O. S. 90, OLG. Stuttgart SA. XXXVII Nr. 351. AM. Endemann II S. 559, Thöl WR. § 198a (beide vor v. Amsbergs Untersuchung) und Gareis in v. Holtzend. Rechtslex. III S. 1292.] Aber auch für die übrigen in Bem. Nr. 3 Abs. 1 litt. c—e aufgeführten Ansprüche aus Wechseln, obwohl sie nicht auf Zahlung bzw. Leistung von Geld oder vertretbaren Sachen gehen, ist der WPr. zulässig, falls die zur Begründung dieser Ansprüche nötigen Thatsachen durch Urkunden erweisbar sind. [So auch v. Amsberg, Struckm. Koch, v. Bülow, Gaupp, Sydow, Keyßner a. a. O. AM. Wilm. Levy a. a. O., Stein a. a. O. S. 91 ff. Die von v. Amsberg a. a. O. dargelegte Entstehungsgeschichte des § 565 dürfte die Richtigkeit der vorgetragenen Meinung erweisen.]

Der WPr. ist fakultativ, wie jeder Urkundenprozeß.

3. „Ansprüche aus Wechseln" sind: a) Der Anspruch des Wechselinhabers auf Zahlung der Wechselsumme oder der Regreßsumme; b) der Anspruch des Wechselinhabers auf Sicherstellung (WO. Art. 26, 29); c) der Anspruch des Nehmers der Sekunda gegen den Verwahrer der zum Accept versandten Prima auf Herausgabe der letzteren (WO. Art. 68 Abs. 2); d) der Anspruch des legitimierten Inhabers der girierten Wechselkopie gegen den Verwahrer des Originalwechsels auf Herausgabe des letzteren (WO. Art. 72 Abs. 2 und 98 Nr. 8); e) der nach Beginn des Amortisationsverfahrens erhobene Anspruch des Wechseleigen-

tümers gegen den Acceptanten auf Zahlung gegen Sicherheit oder Deposition der Wechselsumme (WO. Art. 73, 98 Nr. 9). [Vgl. Sydow a. a. O. S. 473 f. Teilweise a. M. Stein a. a. O. S. 202].

Dagegen gehören nicht hierher: a) Die Bereicherungsklage des Art. 83 d. WO. [AM. Wilm. Levy N. 1]; b) der Anspruch des Vormanns gegen den Nachmann auf Schadensersatz nach WO. Art. 45; c) der Anspruch des Wechselschuldners auf Auslieferung von Wechsel und Protest gegen Erstattung der Wechselsumme (WO. Art. 48); d) die Schadensersatzforderung des Honoraten gegen den Ehrenacceptanten nach Art. 58 d. WO.; e) die Forderung des Ehrenacceptanten, welcher nicht zur Zahlung gelangt, gegen den Zahlenden auf 1/3 pCt. Provision nach WO. Art. 63; f) der Anspruch auf Herausgabe des Wechsels gegen den nach Wechselrecht legitimierten Besitzer (WO. Art. 74). [Die Gründe dafür, daß diese Ansprüche nicht Ansprüche aus Wechseln sind, s. bei Sydow a. a. O. S. 474.]

4. „Wechsel im Sinne der WO." — s. WO. Art. 4—7, 96, 98 Nr. 1. Da ausländische Wechsel, welche zwar nicht den Erfordernissen der WO., wohl aber den Erfordernissen des Ausstellungsorts entsprechen, in WO. Art. 85 als Wechsel auch im Inland respektiert werden, so müssen wechselmäßige Ansprüche aus denselben sich zum WPr. eignen. [So auch Struckm. Koch 5. Aufl. N. 2, Wilm. Levy N. 1 zu § 565, Stein a. a. O. S. 204 und RG. 28. März 1883 Entsch. IX Nr. 123 S. 437. AM. Gaupp II S. 660, Petersen S. 820, Endemann II S. 560, Sydow. a. a. O. S. 470 ff.] Auf kaufmännische Anweisungen ist der WPr. nicht anwendbar.

5. Gegen Ansprüche aus Wechseln können auch im Nachverfahren nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, welche nach materiellem Wechselrecht zulässig sind [vgl. Wilm. Levy N. 3, Dernburg Pr. PrR. II § 280].

6. Wechselsachen sind Feriensachen (GVG. § 202). Wegen Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen s. GVG. § 101 Nr. 2.

§ 566.

Wechselklagen können sowohl bei dem Gerichte des Zahlungsorts als bei dem Gericht angestellt werden, bei welchem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Wenn mehrere Wechselverpflichtete gemeinschaftlich verklagt werden, so ist außer dem Gerichte des Zahlungsorts jedes Gericht zuständig, bei welchem einer der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Mot. S. 355, 356. KPr. S. 281, 560.

1. „Wechselklagen" — vgl. Bem. Nr. 3 zu § 565.

2. Der Zahlungsort bestimmt sich nach WO. Art. 4 Nr. 8, Art. 97. Der Erfüllungsort kann für einzelne Verpflichtete davon verschieden sein (WO. Art. 41). Auch für Ansprüche aus Art. 68 Abs. 2 und 72 der WO. ist der Gerichtsstand des Zahlungsorts möglich. — Ist ein Wechsel „zahlbar aller Orten", so kann der Acceptant des gezogenen und der Aussteller des eigenen Wechsels bei jedem Gericht verklagt werden, in dessen Bezirk er angetroffen wird; aber anderen Wechselverpflichteten gegenüber ist ein Gerichtsstand des Zahlungsorts nicht vorhanden [Sydow a. a. O. S. 478].

3. „Allgemeiner Gerichtsstand" — s. §§ 12—20. — Außer den Gerichtsständen des § 566 stehen auch die besonderen Gerichtsstände der §§ 21—24, 28 Abs. 2, 30, 31 zur Wahl des Klägers.

4. Zu Abs. 2: Die Besonderheit besteht darin, daß der Kläger unter den allgemeinen Gerichtsständen der mehreren gemeinschaftlich verklagten Wechselverpflichteten die Wahl hat,

während bei Nichtwechselklagen die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht erfolgt (§ 36 Nr. 3). — Daß Personen mit Wohnsitz im Ausland unter den mehreren Beklagten sind, thut der Anwendbarkeit des § 566 Abs. 2 nicht Abbruch.

5. Die in § 566 enthaltenen Besonderheiten hinsichtlich des Gerichtsstandes gelten nur für Wechselklagen im Sinne der §§ 565, 567 Abs. 1, also nicht für Ansprüche aus Wechseln, welche im ordentlichen oder im Mahnverfahren geltend gemacht werden. Doch dauert der durch Erhebung der Wechselklage begründete Gerichtsstand des § 566 gemäß § 235 Nr. 2 fort, wenn der Kläger gemäß § 559 zum ordentlichen Verfahren übergeht.

Auf Regreßklagen der Wechselbeklagten ist der Gerichtsstand des § 566 nicht ausgedehnt (Mot. S. 356).

§ 567.

Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Wechselprozesse geklagt werde.

Die Einlassungsfrist beträgt, wenn die Klage am Sitze des Gerichts zugestellt wird, mindestens vierundzwanzig Stunden; wenn sie an einem anderen Orte im Bezirke des Gerichts zugestellt wird, mindestens drei Tage; wenn sie an einem anderen deutschen Orte zugestellt wird, mindestens eine Woche.

Mot. S. 356. KPr. S. 281, 560.

1. Zu Abs. 1: Vgl. § 556 nebst der Bemerkung dazu.

2. Zu Abs. 2: Auch die Fristen des § 567 Abs. 2 können noch abgekürzt werden (§ 204). — Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so bestimmt das Gericht auch im WPr. die Einlassungsfrist (§§ 234 Abs. 2, 459 Abs. 2). Bei öffentlicher Zustellung beträgt die normale Einlassungsfrist im WPr. eine Woche (vgl. Bem. Nr. 4 zu 459). Die Ladungsfrist ist die gewöhnliche (§ 194). Die Einlassungsfristen des § 567 gelten nicht für die höheren Instanzen (s. Bem. zu § 481).

Sechstes Buch.

Ehesachen und Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt.

Verfahren in Ehesachen.

1. Die Motive (S. 357 ff.) bemerken: „Das materielle Eherecht wird durch die CPrO. nicht berührt. Bei der Verschiedenartigkeit desselben in den einzelnen Rechtsgebieten Deutschlands war es aber erforderlich, die Rechtsstreitigkeiten, welche als Ehesachen gelten sollen, nicht nur im § 568 zu bezeichnen, sondern auch im § 592 durch Definition klar zu stellen. Die Dreiteilung des § 568 ist bereits im StGB. § 171 adoptiert.

1. Die Ehescheidungsklage umfaßt nach der Intention des § 592 die Klagen auf Scheidung dem Bande nach, auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett — nach den Grundsätzen des katholischen Eherechts und des französischen Rechts (séparation de corps, Code civ. art. 306—311)*) — und auf Trennung von Tisch und Bett auf Zeit (vgl. z. B. sächs. CGB. §§ 1752, 1754, 1755, 1766).

2. Nach dem katholischen und protestantischen Eherechte werden mit der Klage auf Annulation sowohl die impedimenta dirimentia publica als auch die impedimenta dirimentia privata verfolgt. Dasselbe gilt von der demande en nullité du mariage nach dem französischen Rechte (C. c. art. 180 bis 202) und von der Klage auf Ungültigkeit der Ehe nach bad. Rechte (§ 1050). Dagegen unterscheiden das preuß. ALR. und das sächs. BGB. zwischen beiden Fällen. Das preuß. ALR. trennt Nichtigkeit und Ungültigkeit: als nichtig bezeichnet es eine Ehe, welcher ein impedimentum dirimens publicum, als ungültig eine Ehe, welcher ein impedimentum dirimens privatum entgegensteht. Das sächs. Civilgesetz sondert „nichtige" und „in Folge Anfechtung aufhebbare Ehen: nichtig nennt dasselbe Ehen, „welchen absolute Ehehindernisse entgegenstehen", in Folge Anfechtung aufhebbare Ehen, „welche gegen relative Ehehindernisse geschlossen sind"

---

*) Nach § 77 des RG. v. 6. Febr. 1875 über die Beurkundung des Personenstandes 2c. kann eine Klage auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett nicht mehr vorkommen; in denjenigen Fällen, in welchen nach dem früheren Recht auf beständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett zu erkennen sein würde, ist die Auflösung des Bandes auszusprechen. Die vor Erlassung des cit. Gesetzes verfaßten Motive erwähnen noch das frühere Recht. In § 592 ist die Klage auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett gestrichen worden. Zu den Ehescheidungsklagen gehört aber auch die Klage, in welcher gemäß § 77 Abs. 2 des cit. RG. auf Grund einer vor dem Inkrafttreten dies letzteren Gesetzes ausgesprochenen beständigen Trennung von Tisch und Bett die Auflösung des Bandes der Ehe beantragt wird. — Über die Frage, ob ein inländisches Gericht die Scheidung von Tisch und Bett aussprechen kann, wenn die Eheleute Ausländer und für die Ehescheidung das eine Scheidung von Tisch und Bett zulassende ausländische Recht maßgebend ist, s. RG. 4. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 14 S. 27 und 22. April 1884 XI Nr. 9 S. 29; das RG. nimmt die Zuständigkeit der inländischen Gerichte an, verneint aber die Zulässigkeit eines Urtheils auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett und läßt an ihrer statt die Trennung dem Bande nach zu. Dagegen Bähr Jahrb. f. Dogm. XXI S. 389 ff. und Friedberg Lehrb. d. Kirchenrechts 2. Aufl. § 159 N. 35 S. 365.

(vgl. §§ 1621, 1623—1626, 1628, 1629 und Motive zu § 1626); der sächs. Entw. § 930 Nr. 5, 6 scheidet demgemäß die Streitigkeiten, welche die Aufhebung der Ehe aus einem durch Anfechtung geltend zu machenden Grunde betreffen, von den Streitigkeiten, welche die Nichtigkeit der Ehe zum Gegenstande haben.

Da dem Wesen nach unter den hervorgehobenen Rechten volle Übereinstimmung herrscht, so konnte es keinem Bedenken unterliegen, im Interesse der Ökonomie des Gesetzbuchs eine gemeinsame Terminologie aufzustellen. Bei dem räumlichen Umfange des Geltungsgebietes des preuß. Rechts empfahl es sich nach dem Vorgange des StGB., die Terminologie des ALR. zu wählen und dementsprechend zwischen Ungültigkeits- und Nichtigkeitsklagen zu unterscheiden. Die Definition der Nichtigkeitsklage, wie sie im § 592 des Gesetzes gegeben ist, ergreift auch die Anfechtung einer Ehe wegen Clandestinität nach franz. Rechte (C. c. art. 191, 187, 190) und wegen Eheverfänglichkeit nach bad. Rechte (Bad. LR. I 5 Kap. 4 Satz 191).

3. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (preuß. Gesetz vom 1. März 1869 § 1) — von Baden § 1053 als Antrag auf Fortsetzung der Ehe, von dem sächs. Entw. § 930 Nr. 2 als Klage auf Fortstellung der ehelichen Gemeinschaft bezeichnet — hat sich in vollem Umfange nur in denjenigen Rechtsgebieten entwickeln können, in welchen die malitiosa desertio auf den Fall einer Entweichung an einen unbekannten oder dem richterlichen Arme nicht erreichbaren Orte beschränkt ist. Wo sich dagegen die Scheidung wegen Quasidesertion [vgl. Richter Kirchenrecht 8. Aufl. herausg. v. Dove u. Kahl S. 1178 ff. bes. S. 1181, 1185 f., Mejer Lehrb. des d. KR. Ed. III S. 646] ausgebildet hat, erscheint die Herstellung des ehelichen Zusammenlebens nicht als Gegenstand einer selbständigen Klage, sondern als Zweck eines der Scheidungsklage wegen Desertion vorangehenden Verfahrens oder als Bestandteil des Desertionsprozesses selbst. An diesen Gestaltungen soll durch das Gesetz nichts geändert werden; das Gesetz beabsichtigt nicht — was zur Beseitigung von Mißverständnissen (vgl. Gutachten des Anwaltsvereins, Berlin 1871 S. 192, 193) hervorgehoben werden mag —, die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens in Rechtsgebiete einzuführen, denen sie bisher unbekannt war, es bestimmt nur, daß sie in den Rechtsgebieten, in welchen sie besteht, als Ehesache behandelt werden soll. Auch ist zur Aufrechthaltung des geltenden Rechts im § 774 Abs. 2 Vorkehrung getroffen, daß die zur Erzwingung einer Handlung im § 774 Abs. 1 gestatteten Maßregeln im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nur insoweit zur Anwendung kommen, als die Landesgesetze (wie z. B. Baden § 1094) die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens für zulässig erklären.

In den Rechtsgebieten, in denen die Scheidung der Ehe auf Grund gegenseitiger Einwilligung gestattet wird (vgl. z. B. preuß. ALR. II 1 § 716, Code civ. art. 233, 275—294, 297, 305, Code de proc. art. 881, EG. z. bayer. PrO. von 1869 § 69, bad. Ges. v. 28. Mai 1864 § 10), ist für die Herbeiführung der Scheidung ein besonderes Verfahren angeordnet, dessen Zweck dahin geht, durch erschwerende komplizierte Formen dem Mißbrauche entgegenzutreten, welcher mit diesem Scheidungsgrunde getrieben werden kann. Da es bei dem innigen Zusammenhange der fraglichen Formen mit dem materiellen Eherechte nicht möglich war, ohne Schädigung des letzteren eine Übereinstimmung in der Prozedur herzustellen, und da ferner die Prozedur weniger der streitigen als der unstreitigen Gerichtsbarkeit angehört, so mußte das Gesetz von einer gemeinsamen Regelung absehen und sich darauf beschränken, den Fortbestand des in den betreffenden Rechtsgebieten vorgezeichneten Verfahrens durch den Vorbehalt in EG. § 16 Nr. 5 zu sichern.

Der sächs. Entw. § 930 Nr. 1 und 7 rechnet zu den Ehestreitigkeiten auch Streitigkeiten, welche die Erlangung der Einwilligung dritter zu einer beabsichtigten Ehe oder die Beendigung der Ehe zufolge Todeserklärung des einen Ehegatten zum Gegenstande haben. Die Natur dieser Streitigkeiten fordert kein von den allgemeinen Regeln abweichendes Verfahren (vgl. norddb. Prot. V S. 2213). Dasselbe gilt von den Klagen auf Eingehung einer Ehe, rücksichtlich welcher es nur des Ausschlusses einzelner Zwangsvollstreckungsmaßregeln bedurfte (§ 774 Abs. 2 und § 779 Abs. 2) — oder auf Beseitigung des gegen eine beabsichtigte Ehe erhobenen Einspruchs (la demande en mainlevée de l'opposition, Code civ. art. 177, 178).

In Übereinstimmung mit den Vorschriften der neueren Gesetze und Gesetzentwürfe sind die Ehesachen vor die Landgerichte gewiesen (§ 568). Das Verfahren richtet sich nach

den Bestimmungen über das landgerichtliche Verfahren erster Instanz, insoweit nicht Abweichungen in diesem Gesetz oder in dem GVG. vorgeschrieben sind. Die umfassendsten und eingreifendsten Abweichungen beruhen auf der Erwägung, daß bei der Wichtigkeit der Institution der Ehe der Staat ein Interesse daran hat, daß eine Ehe nicht aus Gründen aufgehoben werde, welche das Gesetz nicht als Aufhebungsgründe anerkennt, und daß umgekehrt eine Ehe nicht von Bestand bleibe, welche das Gesetz für nichtig erklärt. In Ehesachen steht mithin dem freien Willen der Parteien das öffentliche Interesse entgegen. Es mußte daher Vorkehr getroffen werden, um das öffentliche Interesse von dem individuellen Willen einer oder beider Parteien unabhängig zu halten. Demgemäß ist die Dispositionsbefugnis der Parteien beschränkt — durch Verbot der prorogatio fori (§§ 40, 568 Abs. 1), durch Ausschluß der im § 577 zusammengestellten Vorschriften, durch Beseitigung des Versäumnisverfahrens gegen den Beklagten (§ 578) —, die Anordnung und Erzwingung des persönlichen Erscheinens der Parteien gestattet (§ 579), die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei dem Verfahren vorgeschrieben (§§ 569, 586—590), die Vornahme eines Sühneversuchs vor Erhebung der Trennungsklage oder der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (§§ 570—373) angeordnet. Erwägungen anderer Art waren für die Vorschriften der §§ 574—576, 587 — über die Zulässigkeit der Klagänderung, die Beschränkung der Klagenkumulation und der Widerklage, den Ausschluß versäumter Klagegründe — sowie für die Vorschrift des § 644 Abs. 2 über die Unzulässigkeit einer vorläufigen Vollstreckbarkeit von Urteilen in Ehesachen maßgebend. Auch der Ausschluß der Öffentlichkeit des Verfahrens für Ehesachen, welche durch das GVG. § 171 bestimmt ist, gehört hierher.

Durch das GVG. § 15 Abs. 3 ist ausgesprochen, daß die Ausübung einer geistlichen Gerichtsbarkeit in Ehesachen ohne bürgerliche Wirkung sei."

2. Die Grundlage für die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Ehesachen bildet die preuß. VO. v. 28. Juni 1844. Vgl. auch preuß. Ges. betr. die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Ehe- und Verlöbnissachen in der Provinz Hannover v. 1. März 1869; bayer. PrO. Art. 655—681 (Verh. der Kammer der Abg. des bayer. Landt. 1863/65 BeilBd. III Abs. 2 S. 386, 387); nordd. Prot. V S. 2190, 2192—2213, 2277—2279.

§ 568.

Für die Rechtsstreitigkeiten, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben (Ehesachen), ist das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig.

Gegen den Ehemann, welcher seine Frau verlassen und seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, kann von der Ehefrau die Klage bei dem Landgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche erhoben werden, sofern der Beklagte zur Zeit, als er die Klägerin verließ, ein Deutscher war.

Mot. S. 360. KPr. S. 281, 595.

1. Der Gerichtsstand für Ehesachen ist ein sachlicher. Nicht bloß die Klagen der Ehefrau, sondern auch die Klagen des Ehemannes gehören hierher und zwar ganz unabhängig von der Frage, ob die Frau den Gerichtsstand des Mannes teilt [vgl. Wach I S. 473].

2. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Die im § 568 Abs. 1 aufgeführten Klagen müssen sowohl von dem Ehemanne, als auch von der Ehefrau bei dem Landgerichte erhoben werden, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Wie die §§ 13 und 18 ergeben, bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand des Ehemanns nach seinem Wohnsitze — ohne Rücksicht darauf, ob sich der Wohnsitz im Inlande oder im Auslande befindet —, wenn ein Wohnsitz nicht besteht, nach seinem Aufenthaltsorte in Deutschland, und wenn ein solcher Aufenthaltsort nicht bekannt ist, nach seinem letzten Wohnsitze — wieder ohne Rücksicht darauf, ob sich der Wohnsitz im Inlande oder im Auslande befunden hat." [Vgl. Wach I S. 472, OLG. Jena SA. XXXVIII Nr. 283.]

Abs. 1 gilt auch für Ausländer, welche in Deutschland ihren Wohnsitz haben. [Vgl. Gaupp III S. 15 ff. und RG. 4. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 14 S. 32.]

3. Zu Abs. 2: Hat der Ehemann, welcher Deutscher ist, seine Frau verlassen und seinen Wohnsitz im Auslande, so ergiebt Abs. 1 keinen inländischen Gerichtsstand für Ehesachen. Für Klagen des Mannes gegen die Frau ist auch kein Bedürfnis danach; denn der Mann kann seinen Wohnsitz in das Inland verlegen und sich so, wenn er will, einen inländischen Gerichtsstand schaffen. Das kann aber die Frau nicht. Um die Frau nicht auf den nach Umständen schwer erreichbaren Rechtsschutz des Auslandes zu verweisen sei, schafft Abs. 2 für ihre Klagen (nicht auch für die Klage des St.A.) gegen den Ehemann einen besonderen Gerichtsstand bei dem Landgerichte des letzten Wohnsitzes des Ehemanns im Deutschen Reiche. Dieser Gerichtsstand gilt für alle Klagen der Frau ihn „Ehesachen" im Sinne des Abs. 1, nicht bloß für Klagen wegen Desertion. [Vgl. RG. 9. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 116 S. 400.] Daß der Ehemann seine Frau verlassen hat, ist notwendig zur Begründung dieses Gerichtsstandes, muß aber nicht Klagegrund sein. Einerlei ist, ob der Ehemann seine Frau im Inlande oder im Auslande verlassen hat; einerlei, ob er sie vor oder nach Verlegung seines Wohnsitzes in das Ausland verlassen hat. Der Gerichtsstand des Abs. 2 ist nicht bloß in dem Falle gegeben, wenn der Beklagte als Ehemann der Klägerin ein Domizil im Deutschen Reiche gehabt hat, sondern auch dann, wenn der Beklagte schon vor der Eheschließung sein Domizil ins Ausland verlegt hatte. Jede engere Auslegung trägt in das Gesetz eine Beschränkung hinein, welche dem Wortlaute desselben widerstreitet. [Vgl. die durchschlagende Begründung des cit. U. Entsch. IX S. 395 ff. sowie Struckm. Koch 5. Aufl. N. 3, Wilm. Levy N. 7, Wach I S. 473 u. A.] Der Gerichtsstand des Abs. 2 ist auch dann gegeben, wenn der Mann während der Trennung von Tisch und Bett seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt hat [OLG. Hamburg SA. XLIII Nr. 73]. Erforderlich ist ferner zur Begründung des Gerichtsstandes, daß der Ehemann zu der Zeit, als er seine Frau verlassen hat, Staatsangehöriger des Deutschen Reiches war; nicht, daß diese Staatsangehörigkeit z. Z. der Klagerhebung noch fortbestehe. Darauf, ob die Ehefrau sich im Inlande oder im Auslande befindet, kommt nichts an.

§ 569.

In Ehesachen ist die Staatsanwaltschaft zur Mitwirkung befugt.

Der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte sowie vor einem beauftragten oder ersuchten Richter kann der Staatsanwalt beiwohnen. Er ist von allen Terminen von Amtswegen in Kenntnis zu setzen.

Er kann sich über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich äußern und, sofern es sich um die Aufrechthaltung einer Ehe handelt, neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.

Im Sitzungsprotokolle ist der Name des Staatsanwalts anzugeben, auch sind in dasselbe die von dem Staatsanwalte gestellten Anträge aufzunehmen.

Mot. S. 360—362. KPr. S. 281—286, 595—599, 711, 723—725. Prot. d. 168sten Sitz. S. 8.

1. Litteratur: Barazetti Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehesachen Bad. Ann. XLIX S. 361 ff., 379 ff.

2. Zu Abs. 1. Nach den Entwürfen war die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft obligatorisch. Die JK. d. RT. wollte die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehesachen ganz beseitigen. Der Bundesrat beanstandete aber diesen Beschluß. Darauf wurde die fakultative Mitwirkung der Staatsanwaltschaft beschlossen.

Die Motive bemerken: „Die Stellung einer Partei ist dem StA. nur in Rechtsstreitigkeiten eingeräumt, welche die Nichtigkeit einer Ehe zum Gegenstand haben. In den übrigen Ehesachen ist seine Mitwirkung darauf beschränkt, die Funktionen eines defensor matrimonii den Parteien gegenüber wahrzunehmen. . . . . . . Die generellen Vorschriften des § 569 kommen auch auf die Nichtigkeitsklage zur Anwendung, insoweit nicht abweichende Bestimmungen in dem Gesetzbuch enthalten sind."

Rechtsmittel kann der StA. nur bei der Nichtigkeitsklage (§ 585) einlegen.

3. Zu Abs. 2: Von allen Terminen zur Verhandlung oder zur Beweisaufnahme ist der StA. zu benachrichtigen. Die Unterlassung würde die Revision begründen, wenn nachweisbar wäre, daß das Urteil auf dieser Gesetzesverletzung beruhte, was aber kaum denkbar ist.

4. Zu Abs. 3: Die Motive bemerken: „Der StA. hat die Ermittelung der Wahrheit zu überwachen und zu befördern. Er ist daher befugt, Informationen über die wahre Sachlage einzuziehen und das Resultat dem Gerichte zu unterbreiten; sofern es sich um die Aufrechterhaltung einer Ehe handelt, kann er nach § 569 Abs. 3 neue Thatsachen und Beweise vorbringen. Der Beurteilung des Gerichts unterliegt es, ob das von dem Staatsanwalt vorgelegte Material von Erheblichkeit sei und ob die von demselben angeregte Beweisaufnahme zu erfolgen habe (norbb. Prot. V S. 2196)."

5. Für Anträge des StA. gilt der § 269 nicht; sie sind in das Protokoll aufzunehmen. Die Beifügung als Anlage zum Protokoll ist nicht ausgeschlossen. Bringt der StA. neues vor, so wäre die Sache nicht vollständig erörtert und deshalb der Schluß der Verhandlung gesetzwidrig (§ 127), wenn nicht den Parteien das Wort zur Äußerung gewährt würde. Aber die Parteien haben nicht (wie nach StPO. § 257 Abs. 2 der Angeklagte) unter allen Umständen das letzte Wort (vgl. norbb. Prot. S. 2196, RE. S. 1077).

6. Nach GVG. § 137 in der Fass. d. RG. vom 17. März 1886 (RGBl. 61) ist vor der Entscheidung der Rechtsfrage durch das Plenum oder die vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts in Ehesachen der Ober-Reichsanwalt mit seinen schriftlichen Anträgen zu hören.

§ 570.

Der Vorsitzende darf den Termin zur mündlichen Verhandlung über eine Ehescheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erst festsetzen, wenn den nachfolgenden Vorschriften über den Sühneversuch genügt ist.

Mot. S. 362—364. KPr. S. 386, 599.

1. Für Ungültigkeits- und Nichtigkeitsklagen ist der Sühneversuch nicht vorgeschrieben. Nach der Klagerhebung gilt § 268 für alle Ehesachen.

2. Eine Vorprüfung der Erheblichkeit der zur Begründung der Klage geltend gemachten Thatsachen oder der Zuständigkeit des Gerichts findet nicht statt.

§ 571.

Der Kläger hat bei dem Amtsgerichte, vor welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Anberaumung eines Sühnetermins zu beantragen und zu diesem Termine den Beklagten zu laden.

Durch die Zustellung der Ladung wird die Verjährung unterbrochen.

Mot. S. 363. KPr. S. 286—288, 559.

1. Wegen des allgemeinen Gerichtsstandes s. Bem. Nr. 1 u. 2 zu § 568. Zuständig ist das Amtsgericht, wo der Ehemann zur Zeit des Antrags auf Anberaumung des Termins seinen allgemeinen Gerichtsstand hat [RG. 15. März 1887 Entsch. XVIII Nr. 77 S. 365].

2. Ladung nach §§ 191 ff. Sie muß den Zweck des Termins ersichtlich machen. Die Angabe des Klagegrundes ist nicht vorgeschrieben, kann aber wegen § 571 Abs. 2 rätlich sein, um die Unterbrechung der Verjährung sicher zu stellen. Kein Anwaltszwang. Daher Vermittelung der Zustellung durch den Gerichtsschreiber.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 21, 23 (in der Fassung des RG. v. 23. Juni 1881); GO. s. RA. §§ 57 Abs. 1, 13 Nr. 3. Armenrecht kann bewilligt werden.

4. Durch preuß. JMB. v. 27. Aug. 1879 (JMBl. S. 260) ist den preuß. Amtsgerichten empfohlen, wenn eine der Parteien der evang. Kirche angehört, von dem Sühnetermine dem evang. Pfarrer Nachricht zu geben. Ebenso in Sachsen Verordn. v. 1. Okt. 1879 (G. u. VBl. S. 215). Die Zuziehung des Pfarrers ist dem Gesetze nicht entgegen.

§ 572.

Die Parteien müssen in dem Sühnetermine persönlich erscheinen; Beistände können zurückgewiesen werden.

Erscheint der Kläger oder erscheinen beide Parteien in dem Sühnetermine nicht, so verliert die Ladung ihre Wirkung. Erscheint der Kläger, aber nicht der Beklagte, so ist der Sühneversuch als mißlungen anzusehen.

Mot. S. 362. KPr. S. 288, 289, 599, 600.

1. „Beistände" — s. § 86. Auch Anwälte können zurückgewiesen werden.

2. „Verliert ihre Wirkung". Die nach § 571 Abs. 1 eingetretene Unterbrechung der Verjährung gilt als nicht geschehen. Der Kläger muß wieder zu einem Sühnetermin laden, bevor er einen Verhandlungstermin erlangen kann.

3. Gelingt in dem Termine die Sühne, so ist der Vergleich zu Protokoll festzustellen (§ 146 Nr. 1). Mißlingt der Sühneversuch oder ist derselbe wegen Ausbleibens des Beklagten als mißlungen anzusehen, so ist darüber gleichfalls ein Protokoll aufzunehmen (§§ 145, 146 Abs. 1, 151). Abschrift dieses Protokolls muß der Kläger der Klage beilegen.

4. Zwangsmittel, um die Parteien zum Erscheinen zu nötigen, sind im Gesetz nicht vorgesehen.

§ 573.

Der Sühneversuch ist nicht erforderlich, wenn der Aufenthalt des Beklagten unbekannt oder im Auslande ist, wenn dem Sühneversuche ein anderes schwer zu beseitigendes Hindernis entgegensteht, welches von dem Kläger nicht verschuldet ist, oder wenn die Erfolglosigkeit des Sühneversuchs mit Bestimmtheit vorauszusehen ist.

Über das Vorhandensein dieser Voraussetzungen entscheidet der Vorsitzende des Landgerichts ohne vorgängiges Gehör des Beklagten.

Mot. S. 363. KPr. S. 290, 291, 600.

1. „Ein anderes — Hindernis", z. B. Krankheit einer Partei.

2. „Oder wenn — vorauszusehen ist", z. B. bei flagrantem Ehebruch.

3. Zu Abs. 2: Wird der Vorsitzende angegangen, ohne Sühneversuch einen Termin zur Verhandlung zu bestimmen, so sind ihm bei Einreichung der Klageschrift die Gründe darzulegen, aus denen der Kläger den Sühneversuch für entbehrlich hält. Gegen die Entscheidung, welche das Gesuch abweist, ist Beschwerde zulässig (§ 530); die bewilligende Entscheidung ist nicht anfechtbar und unterliegt auch nicht der Beurteilung des Prozeßgerichts. Dieses kann die Klage nicht abweisen, weil die Dispensation mit Unrecht erteilt wurde, wohl aber kann

es nach § 268 die Sühne selbst versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftr. oder ers. Richter verweisen. [Vgl. RG. 23. Febr. 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1178, 15. März 1887 Entsch. XVIII Nr. 77 S. 364.]

Unter dem „Vorsitzenden des Landgerichts" ist der Vorsitzende der betreffenden Kammer, nicht der Präsident des Landgerichts zu verstehen.

§ 574.

Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, können andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden.

Das neue Vorbringen und die Erhebung einer Widerklage ist von einem Sühneversuche nicht abhängig.

Mot. S. 364 f. KPr. S. 291, 292, 601, 602.

1. Die §§ 574 Abs. 1, 575 Abs. 1 und 576 bezwecken, der Vervielfältigung der Eheprozesse entgegenzutreten und die Erneuerung erfolglos gebliebener Eheprozesse auf Grund von Thatsachen auszuschließen, welche schon deswegen Verdacht erwecken, weil sie in dem früheren Prozesse zurückgehalten worden sind.

2. Zu Abs. 1: a) Die Vorschrift bezieht sich auf alle Klagen und Widerklagen in Ehesachen und gewinnt erhöhte Bedeutung durch § 576. Es können nicht bloß neue zur Begründung des Klagantrags dienfame Thatsachen — z. B. neue Scheidungsgründe zur Scheidungsklage — vorgebracht, sondern es kann auch von einer Klage in Ehesachen zur andern — z. B. von der Ungültigkeits- zur Scheidungsklage oder umgekehrt — übergegangen, es kann mit einer solchen Klage nachträglich die andere verbunden werden; denn Scheidungsfähigkeit, Ungültigkeit, Nichtigkeit der Ehe sind die Klagegründe der verschiedenen Klagen in Ehesachen. [So auch Struckm.Koch N. 1 g. E., OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 274, OLG. Braunschweig eod. Nr. 275. AM. RG. 9. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 84 S. 354.] Die Änderung ist gestattet ohne Rücksicht darauf, ob das neu Vorgebrachte schon vor der Klagerhebung dem Kläger bekannt war oder nicht (vgl. nordd. Prot. V S. 2000).

b) Die Vorschrift gilt auch für die Berufungsinstanz. Der preuß. Entw. § 867 sagte dies ausdrücklich. Im nordd. Entw. und in den späteren Entww. wurde die Bestimmung nicht wiederholt. Die nordd. Komm. hatte jedoch beschlossen, daß die Geltendmachung neuer Ehescheidungsgründe im Laufe desselben Prozesses nicht als Klagänderung gelten solle, und daß neue Thatsachen in erster und zweiter Instanz ohne Einschränkung nachträglich angeführt werden dürfen (nordd. Prot. V S. 2200). Hiernach kann die Aufnahme einer dem preuß. Entw. § 867 entsprechende Vorschrift in den nordd. Entw. nur deswegen unterblieben sein, weil man der Ansicht war, daß die für das Verfahren in Ehesachen erlassenen besonderen Vorschriften eo ipso auch für die Berufungsinstanz gelten. In der JK. d. RT. wurde die Ansicht, daß nach der CPrO. neue Scheidungsgründe 2c. noch in zweiter Instanz geltend gemacht werden können, seitens des Reg.-Kommissars wiederholt vertreten (KPr. S. 291, 292, 601, 602), ohne daß derselben widersprochen wurde. [So auch Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 144 N. 183, Barazetti Berufung S. 110, RG. 28. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 98 S. 351, 9. Jan. 1883 SA. XXXVIII Nr. 189, 9. März 1883 eod. Nr. 364, 9. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 116 S. 393, 9. Mai 1884 XI Nr. 83 S. 354, 5. Apr. 1886 XV Nr. 68 S. 289; bay. o. LG. SA. XXXVII Nr. 352, OLG. Braunschweig eod. Nr. 275, OLG. Karlsruhe eod. Nr. 353, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 512.] Sind in der Berufungsinstanz neue Klagegründe zulässig, so muß auch eine Veränderung des Klagantrags, also z. B. Antrag auf Ungültigkeitserklärung, während in erster Instanz die Scheidung

beantragt war, zulässig sein; denn das Verbot, neue Ansprüche in der Berufungsinstanz zu erheben (§ 491 Abs. 2), steht im innigen Zusammenhang mit dem Verbot, der Klagänderung (§ 489); cessiert das letztere, so ist nicht abzusehen, warum das erstere gelten sollte; die Klagänderung wäre häufig nutzlos ohne die Befugnis, die Anträge dem neuen Klagegrunde gemäß umzugestalten. [AM. RG. 9. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 83 S. 351.] Für die Zulässigkeit neuer Anträge spricht auch, daß in zweiter Instanz noch Widerklage zulässig ist (s. Bem. Nr. 1 zu § 575). — Übrigens cessiert die Befugnis zur Klagänderung in zweiter Instanz und damit auch die Befugnis zu neuen Anträgen, wenn ein rechtskräftiges bedingtes Endurteil der ersten Instanz vorliegt, weil das bedingte Endurteil überhaupt alles neue Vorbringen präkludiert. [Vgl. RG. 15. Dez. 1882 Jur. WSchr. 1883 S. 38, 9. März 1883 eod. S. 112.]

3. Zu Abs. 2 bemerken die Motive: „Die Vorschrift ist eine Konsequenz des dem Gesetz zu Grunde liegenden Gedankens, daß durch die Erhebung einer Ehescheidungsklage oder einer Ungültigkeitsklage alle causae separationis als in iudicium deduziert anzusehen sind. Der Sühneversuch erstreckt sich daher auf die ehelichen Verhältnisse in ihrer Totalität. Eine Wiederholung desselben kann es mithin nicht bedürfen, wenn im Laufe des Rechtsstreits neue Klagegründe geltend gemacht oder Widerklagen erhoben werden. Es war notwendig, diese Folgerung in dem Gesetze ausdrücklich auszusprechen, da der Mangel einer derartigen Bestimmung in der preuß. VO. v. 28. Juni 1844 der Judikatur die größten Schwierigkeiten geschaffen hat (vgl. Korn in Behrend's Zeitschrift 2c. Bd. IV S. 40 ff.)."

§ 575.

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die Ehescheidungsklage und die Ungültigkeitsklage können verbunden werden.

Die Verbindung einer anderen Klage mit den erwähnten Klagen sowie die Erhebung einer Widerklage anderer Art ist unstatthaft.

Mot. S. 364 f. KPr. S. 291, 292, 601, 602.

1. Zu Abs. 1: Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 574. Die Zulassung der Verbindung der hier bezeichneten Klagen (im Gegensatz zu den Verboten der Verbindung in Abs. 2 und in § 587) gewinnt erhöhte Bedeutung durch § 576. Die Verbindung ist möglich bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht (§ 574). Dieselbe kann auch in der Berufungsinstanz stattfinden. (Vgl. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 574.) Auch die Erhebung einer Widerklage ist noch in der Berufungsinstanz gestattet Der preuß. Entw. § 867 hatte dies ausdrücklich ausgesprochen. In der nordd. Proz.-Komm. wurde nach Prot. Bd. V S. 2201 von keiner Seite bezweifelt, daß die Widerklage noch in der Berufungsinstanz zulässig sei. In diesem Sinne muß daher § 1087 Abs. 2 des nordd. Entw. verstanden werden. Die Änderung, welche Entw. I § 525 gegenüber dem nordd. Entw. bringt, ist jedenfalls nur redaktionell. Aber auch der Entw. II §§ 543, 544 zerlegt nur die Vorschriften des Entw. I § 525 im Redaktionsinteresse ohne sachliche Änderung. Abgesehen von diesen äußeren Gründen verlangt die Gleichstellung zwischen dem Kläger und dem Beklagten die Zulassung der Widerklage in der Berufungsinstanz. Wenn der Kläger befugt und unter dem Präjudiz des § 576 verpflichtet ist, neue Klagegründe und Anträge noch in der Berufungsinstanz nachzubringen, so muß das ebenso für den Beklagten gelten. Auch wird der Zweck der Bestimmungen der §§ 574—576, der Vervielfältigung der Eheprozesse entgegen zu treten, in höherem Maße erreicht, wenn die Widerklage im Berufungsverfahren noch zugelassen wird. [So auch Struckm. Koch N. 1 zu § 575, Wilm. Levy 4. Aufl. N. 1 zu § 574, Gaupp III S. 24, Petersen S. 831, Barazetti Berufung S. 110 f., RG. 28. Nov.

1882 Entsch. VIII Nr. 98 S. 351, OLG. Braunschweig SA. XXXVIII Nr. 190 I, OLG. Hamburg eod. Nr. 190 II. AM. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 127 N. 162.]

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens einerseits und die Scheidungs- und Ungültigkeitsklage andererseits können zur getrennten Verhandlung (§ 136) verwiesen werden; denn deren Verbindung ist nicht geboten. Dagegen kann das Gericht nicht die Ehescheidungs- und die Ungültigkeitsklage, welche verbunden oder als Klage und Widerklage erhoben sind, zur Verhandlung in getrennten Prozessen verweisen, sondern nur die Beschränkung der Verhandlung (§ 137) auf eine derselben — und zwar zunächst nur auf die Ungültigkeitsklage, weil die Ungültigkeit für die Scheidung präjudiziell ist — anordnen. Denn die mehreren Klagen werden prozessualisch wie eine Klage behandelt (vgl. die in Bem. Nr. 3 zu § 574 cit. Mot.); ihre Verbindung ist durch § 576 bei Meidung der Präklusion geboten; auch könnte die getrennte Verhandlung und Entscheidung zu sachlicher Unzuträglichkeit — Scheidung einer ungültigen Ehe — führen. [Vgl. Gaupp III S. 24, A. Förster N. 4, Eccius (Förster) Pr. Pr.R. 4. Aufl. IV S. 111. AM. die anderen Komment. auf Grund einer ungenauen Äußerung der Mot. S. 364. Zweifelnd RG. Entsch. V Nr. 103 S. 380.]

2. Zu Abs. 2: Der Grund des Verbots ist die Eigenart des Verfahrens in Ehesachen. Auch Klagen, in welchen die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung, die Ehescheidungsstrafen und Alimentationsansprüche geltend gemacht werden, sind von dem Verbote getroffen [Mot. S. 364, RG. 25. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 43 S. 166. AM. v. Krämel Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 589 ff. und Ztschr. f. d. CPr. IV S. 271]; ebenso Klagen, welche den Anspruch auf das Mitsichnehmen und Erziehen der Kinder betreffen. [RG. 7. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 112 S. 370, RG. 14. April 1883 IX Nr. 111 S. 381, OLG. Jena SA. XXXVIII Nr. 385.] Wegen einstw. Verfügung betreffs Erziehung der Kinder s. Bem. zu § 584. Der nach dem materiellen Recht erforderliche Ausspruch über die Schuld des einen oder des anderen Ehegatten an der Trennung und über die Berechtigung oder Untersagung der Wiederverheiratung kann von der Verhandlung und Entscheidung über die Ehescheidungsklage nicht getrennt, also in dem Scheidungsprozesse verlangt und erteilt werden [vgl. Entsch. d. RG. VI S. 370]. — Die Unzulässigkeit der Verbindung ist von Amtswegen zu beachten [RG. 25. Okt. 1881 SA. XXXVII Nr. 171]. Über das Verfahren bei unzulässiger Verbindung s. Bem. Nr. 4 litt. b zu § 232.

§ 576.

Der mit einer Ehescheidungsklage oder einer Ungültigkeitsklage abgewiesene Kläger kann Thatsachen, welche er in dem früheren Rechtsstreite oder welche er durch Verbindung der Klagen hätte geltend machen können, als selbständigen Klagegrund nicht mehr geltend machen. Ein Gleiches gilt für den Beklagten in Ansehung der Thatsachen, auf welche er eine Widerklage zu gründen im stande war.

Mot. S. 364, 365. KPr. S. 291, 292, 601, 602.

1. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 574. — Auf die Nichtigkeitsklage bezieht sich § 576 nicht.

2. In dem Entwurfe war nach „Ungültigkeitsklage" noch „oder Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens" eingefügt. Die Worte wurden in der JK. d. RT. gestrichen. Die in § 576 angeordnete Präklusion gilt sonach nicht im Verhältnis zwischen Scheidungs- und Ungültigkeitsklage einerseits und der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens andererseits [vgl. OLG. Stuttgart SA. XLI Nr. 152]. — Als selbständiger Grund zur Klage können die in dem früheren Verfahren geltend zu machenden Thatsachen nicht mehr benutzt werden, wohl aber adminikulierend, wenn sich ein neuer Scheidungs- oder

Ungültigkeitsgrund ergiebt (KPr. S. 601, 602). Desertion, welche nach Abweisung der früheren Klage fortdauert, ist als neuer Grund zur Klage zu erachten (KPr. S. 292). Weil der zufolge der bezeichneten Klagen anhängige Prozeß alle Scheidungs- und Ungültigkeitsgründe umfaßt, kann einer vor Beendigung der Rechtshängigkeit erhobenen neuen Klage die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengehalten werden. Diese Einrede führt jedoch dann nicht zur Klagabweisung, wenn sie z. B. des Urteils nicht mehr besteht und ein neuer, nicht konsumierter Scheidungsgrund geltend gemacht wird. [Vgl. RG. 16. Juni 1887 Entsch. XIX Nr. 408 S. 409.]

3. Daß Widerklage zwar erhoben aber zurückgenommen wurde, hindert die Anwendung des § 576 nicht. Ein Vorbehalt bei der Zurücknahme ist bedeutungslos [RG. 14. Juli 1881 Entsch. V Nr. 103 S. 378].

4. Die Vorschrift des § 576 bezieht sich nicht auf solche Thatsachen, welche der Kläger oder Beklagte in dem früheren Prozesse bereits kannte, jedoch zu beweisen außer stande war; denn die Beweisbarkeit der Thatsachen ist Erfordernis für deren Benutzbarkeit im Prozesse, und die Partei, welche auf z. B. nicht beweisbare Thatsachen eine Klage oder Widerklage stützt, riskiert, damit definitiv abgewiesen zu werden. [Vgl. OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 65. Unbestimmt RG. Entsch. V Nr. 103 S. 378.] Für Thatsachen, welche in einem vor Geltung der CPO. erledigten Prozesse hätten vorgebracht werden können, gilt § 576 nicht [RG. 21. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 90 S. 337].

5. Die Vorschrift des § 576 ist von Amtswegen zu beachten. Dieselbe kann nicht durch Vorbehalt oder Übereinkunft der Parteien ausgeschlossen werden. Selbst ein ausdrücklicher Vorbehalt im Urteile kann daran nichts ändern; denn darin liegt nur eine rechtsirrtümliche Meinungsäußerung des Gerichts; diese kann den Parteien nicht Rechte geben, welche sie nach dem Gesetz nicht haben [RG. 14. Juli 1881 Entsch. V Nr. 103 S. 378].

§ 577.

Die Vorschriften über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Thatsachen oder über die Echtheit von Urkunden, die Vorschriften über den Verzicht der Parteien auf die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen, sowie die Vorschriften über die Wirkungen eines Anerkenntnisses, eines gerichtlichen Geständnisses und die Erlassung eines Eides kommen nicht zur Anwendung.

Die Eideszuschiebung und der Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben, sind nicht zulässig, soweit es sich um Thatsachen handelt, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen.

Mot. S. 365, 366. KPr. S. 292, 293, 602.

1. Litteratur: Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 379 ff., Fuld Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 327 ff.

2. Zu Abs. 1: Im Eheprozeß ist den Parteien die Verfügung über den Streitgegenstand, d. i. über die Frage, ob eine Ehe zu scheiden, ungültig, nichtig sei, entzogen. Darum treten die Wirkungen eines Anerkenntnisses nicht ein; das Gericht muß ungeachtet eines Anerkenntnisses prüfen, ob die Klage begründet ist (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 278). Die Vorschriften über die Wirkungen eines gerichtlichen Geständnisses (s. § 261 nebst Bem. Nr. 3) und über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Thatsachen (§ 129) oder über die Echtheit von Urkunden (§ 404) kommen nicht zur Anwendung; das Gericht muß trotz dem, daß eine Thatsache oder die Echt-

heit einer Urkunde zugestanden ist, in die Beweiswürdigung eintreten. Dabei kann das Geständnis und das Nichtbestrittensein als Beweisgrund in Betracht kommen. Dessen Beweiskraft zu würdigen, steht im richterlichen Ermessen. Es ist ebensowenig ausgeschlossen, daß das Gericht auf Grund des Geständnisses oder des Nichtbestrittenseins eine Thatsache als feststehend annimmt, als es umgekehrt möglich ist, daß das Gericht dem Geständnisse oder dem Nichtbestrittensein gar kein Gewicht beilegt. Ersteres wird geschehen, soweit es sich um Thatsachen handelt, welche die Aufrechthaltung der Ehe bezwecken; letzteres, soweit es sich um Thatsachen handelt, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen (vgl. Mot. S. 365 f.), wenn Verdacht der Kollusion besteht. — Nicht zur Anwendung kommen die Vorschriften über den Verzicht der Parteien auf die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen; das Gericht muß troß dem Verzichte alle Zeugen (soweit diese nicht aus anderem Grunde unbeeidigt zu vernehmen sind) und alle Sachverständigen beeidigen. — Nicht zur Anwendung kommen ferner die Vorschriften über Erlassung eines Eides (§ 429 Abs. 1), das Gericht muß troß der Erlassung den durch bedingtes Urteil auferlegten Eid abnehmen. Ebenso, wenn die Eidesleistung durch Beweisbeschluß angeordnet ist, es wäre denn, daß das Gericht auf Grund der geänderten Situation — etwa unter Verwertung der Eideserlassung als Beweisgrund — den Beweisbeschluß zurücknähme und andere Entscheidung träfe. Keinesfalls ist die bindende Beweisregel des § 429 Abs. 1 anwendbar. Die Eideserlassung ist ausgeschlossen sowohl bei dem zu- und zurückgeschobenen wie bei dem richterlichen Eid.

3. Zu Abs. 2: Die Entwürfe hatten die Eideszuschiebung unbedingt ausgeschlossen. Zu Folge eines Beschlusses der JK. d. RT. ist im Gesetze unzweckmäßiger Weise [vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 414 ff.] unterschieden zwischen Thatsachen welche die (dauernde oder zeitweilige) Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen, und solchen, welche die Aufrechthaltung derselben bezwecken. In Bezug auf Thatsachen der ersteren Art ist die Eideszuschiebung und der Editionsantrag unstatthaft, in Bezug auf Thatsachen der anderen Art dagegen unter den allgemeinen Voraussetzungen zulässig. [Vgl. RG. 14. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 97 S. 386. Das RG. hat die Eideszuschiebung über die Thatsache ehebrecherischen Umgangs, welche von der Beklagten gegenüber der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zur Verteidigung geltend gemacht wurde, für zulässig erklärt, obwohl die Bekl. diese Thatsache auch zur Begründung einer Widerkl. auf Scheidung benutzte.] Soweit die Eideszuschiebung zulässig ist, ist es auch die Zurückschiebung. [So auch Struckm. Koch 5. Aufl. N. 4, Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 28, A. Förster N. 3, Birkmeyer a. a. O. S. 417. AM. Petersen S. 835.] Allerdings kann der Relat durch Eidesweigerung bezüglich solcher Thatsachen, welche die Aufrechthaltung der Ehe bezwecken — z. B. Kondonation nach Kenntnis des Ehebruchs — auf die Trennung, Ungültigkeits-, Nichtigkeitserklärung der Ehe hinwirken; aber dies ist deswegen nicht zu beanstanden, weil der Relat ja auch seine derartigen Behauptungen zurücknehmen kann. — Der Editionsantrag ist unzulässig, soweit durch die vorzulegende Urkunde Thatsachen erwiesen werden wollen, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen; denn das Editionsverfahren der §§ 386—391 ist nur durchführbar, wenn an die Weigerung, die Urkunde vorzulegen oder den Editionseid zu leisten, die im § 392 vorgeschriebenen Folgen geknüpft werden. Zwar bestehen diese Folgen nicht mehr (wie nach den Entwürfen, vgl. Bem. Nr. 1 zu § 392) in der Fiktion des Zugeständnisses der Thatsache, welche durch die Urkunde unmittelbar bewiesen werden soll (die Mot. S. 365 sprechen auf Grund des Entwurfs von solcher Fiktion und stimmen daher nicht mehr zu dem Gesetze), und die dem richterlichen Ermessen anheim gegebene Möglichkeit, bei Verweigerung des Editionseides die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit oder den Inhalt der Urkunde als bewiesen anzunehmen, würde auch im Eheprozesse erträglich sein; aber die in

§ 392 gleichfalls enthaltene Beweisregel, daß die vom Beweisführer beigebrachte Abschrift als richtig angesehen werden müsse, paßt nicht für die Beweisführung bezüglich der die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründenden Thatsachen, weil damit dem Gegner die Disposition über den Beweis solcher Thatsachen eingeräumt wäre.

4. Der richterliche Eid ist in Ehesachen ohne Einschränkung zulässig [vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 412]. Die gesetzlichen Folgen der Eidesleistung und -verweigerung (§§ 428, 429 Abs. 2) sind im Eheprozeß nicht ausgeschlossen, müssen daher als anwendbar betrachtet werden. [AM. bezüglich der Verweig. e. zu- od. zurückgeschob. Eides Birkmeyer a. a. O. S. 417. Daß die Anwendung des § 429 Abs. 2 auf diesen Eid nicht mit der Ausschließung der Geständniswirkungen stimmt, ist richtig. Die Unebenheit erklärt sich aus der in Bem. Nr. 3 erwähnten Änderung des Entwurfs und ist nicht von Belang, denn es handelt sich nur um Ehe erhaltende Thatsachen. Birkm.s Argumentation aus § 578 Abs. 4 widerlegt sich aus Bem. Nr. 5 zu § 578.] Wegen Verzichts auf die Klage s. Bem. Nr. 5 zu § 277.

§ 578.

Erscheint der Beklagte in dem auf die Klage zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine nicht, so kann erst in einem neuen, auf Antrag des Klägers zu bestimmenden Termine verhandelt werden.

Der Beklagte ist zu jedem Termine, welcher nicht in seiner Gegenwart anberaumt wurde, zu laden.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Beklagte durch öffentliche Zustellung geladen, aber nicht erschienen ist.

Ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ist nur in dem Falle zu erlassen, wenn der Beklagte in dem zur Leistung eines richterlichen Eides bestimmten Termine nicht erscheint.

Die Vorschriften dieses Paragraphen finden auf den Widerbeklagten entsprechende Anwendung.

Mot. S. 366, 367. KPr. S. 293, 602.

1. Bei Ausbleiben der beiden Parteien greift § 228 ein. Versäumt der Kläger (Widerkläger) den Termin zur mündlichen Verhandlung, so tritt die Versäumnisfolge des § 295 mit der in Bem. Nr. 4 zu § 295 erwähnten Modifikation ein. Auch § 430 ist gegen den Kläger anwendbar. Für die Versäumnis des Beklagten und Widerbeklagten gilt die Regel des § 296 nicht. Das ist Konsequenz der Beschränkung, welche die Dispositionsbefugnis der Parteien in Ehesachen zu Gunsten der Offizialthätigkeit erleidet (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 577).

Wegen der Gebühren s. GKG. § 20 Nr. 1, GO. f. RA. § 15.

2. Zu Abs. 1: Die doppelte Ladung bildet wie im Falle des § 316 den Ersatz für den Wegfall des Einspruchs.

Die Motive bemerken: „Versäumt der Beklagte auch den neuen Verhandlungstermin, so wird mit der Wirkung verhandelt, daß Verhandlung und Entscheidung als kontradiktorisch angesehen werden, so daß gegen das Urteil nicht der Einspruch, sondern das Rechtsmittel der Berufung zulässig ist. Rücksichtlich des Beweises der zur Begründung der Klage vorgebrachten Thatsachen wird dem entsprechend in derselben Weise verfahren, wie wenn der Beklagte erschienen wäre, aber sich nicht erklärt oder die Erklärung verweigert hätte: das Gericht hat nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob und inwieweit die Kontumaz einen Schluß auf die Wahrheit dieser Thatsachen gestattet, und demgemäß die Aufnahme der von dem Kläger angebotenen Beweise anzuordnen, wenn es unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und der Kontumaz die betreffenden Thatsachen nicht für erwiesen erachtet.

Der Beklagte kann in dem ersten Verhandlungstermine erschienen sein, aber spätere Verhandlungstermine versäumen. In diesem Falle unterbleibt die Wiederholung des Termins. [Vgl. RG. 9. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 116 S. 393.] Die Verhandlung geht in dem versäumten Termine vor sich, weil bei Versäumung späterer Verhandlungstermine das Bedürfnis eines Ersatzes für den Wegfall des Einspruchs um so weniger anerkannt werden kann, als der Staatsanwalt im stande ist, die von dem Beklagten geltend gemachten Verteidigungsmittel weiter zu verfolgen."

Dem Nichterscheinen steht hier nicht das Nichtverhandeln gleich; ist der Beklagte im Termine erschienen, ohne zu verhandeln, so bedarf es nicht eines neuen Termins. Die Wendung „Als nicht erschienen — ist — anzusehen" in § 298 ist abgekürzter Ausdruck für: „Dieselben Versäumnisfolgen, welche bei Nichterscheinen eintreten, sollen auch eintreten bei Nichtverhandeln". Nun treten aber in Ehesachen (abgesehen von Abs. 4 des § 578) gegen den Beklagten keine Versäumnisfolgen ein; folglich ist § 298 nicht anwendbar. [So auch Wilm. Levy N. 1, Petersen S. 836, A. Förster N. 2, Hellmann Lehrb. S. 900. AM. Struckm. Koch N. 2, Gaupp III S. 29, Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 436, OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. VII S. 108.]

3. Zu Abs. 2: Die Ladung erfolgt nicht von Amtswegen, sondern der Kläger hat zu laden (Mot. S. 366).

4. Zu Abs. 3: Ist der Beklagte durch öffentliche Zustellung (§§ 186 ff.) geladen, aber nicht erschienen, so fällt die zweite Ladung (§ 578 Abs. 1) und die Notwendigkeit der Ladung zu weiteren Terminen (§ 578 Abs. 2) weg; ein Versäumnisurteil aber kann, abgesehen von Abs. 4, gegen den Beklagten auch in diesem Fall nicht erlassen werden.

5. Zu Abs. 4: Die Beschränkung dieser Vorschrift auf den richterlichen Eid paßte zu den Entwürfen, denn nach diesen war in Ehesachen Eideszu- und -zurückschiebung allgemein ausgeschlossen (s. Bem. Nr. 3 zu § 577). Nach dem Gesetz ist die Eideszu- und -zurückschiebung mit der in Abs. 2 des § 577 enthaltenen Beschränkung möglich. Abs. 4 des § 578 aber blieb unverändert. So ist eine Lücke im Gesetz. Es ist nicht vorgesehen, was geschehen soll, wenn der Beklagte in dem zur Leistung eines zurückgeschobenen Eides bestimmten Termine nicht erscheint. Dem richterlichen Ermessen die Folgen der Versäumung zu überlassen, geht wenigstens dann nicht an, wenn durch bedingtes Urteil auf den Eid erkannt war. Sofort ohne Einspruchsmöglichkeit die Verweigerung und die Folge des § 429 Abs. 2 eintreten zu lassen, das hieße die Kontumazialfolgen im Eheprozeß verstärken. Da das Wort „richterlichen" nur aus Versehen stehen geblieben ist, so dürfte, entgegen dem Wortlaute, der § 430 gegenüber dem Beklagten auch bei Versäumung des Termins zur Leistung eines zurückgeschobenen Eides anwendbar sein. [AM. A. Förster N. 6b, Hellmann Lehrb. S. 900.]

6. Zu Abs. 5: Weil eine Widerklage nicht in Abwesenheit des Widerbeklagten erhoben werden kann (s. Bem. Nr. 5 zu § 33), ist § 578 nur in dem Falle von Bedeutung, daß die Widerklage in einem früheren Termin in Anwesenheit des Widerbeklagten erhoben wurde und der Widerbeklagte in einem späteren Termin ausbleibt. Daraus ergiebt sich aber, daß die Vorschrift des Abs. 1 über die zweite Ladung auf das Ausbleiben des Widerbeklagten nicht anwendbar ist. Über die Widerklage kann ohne zweite Ladung verhandelt werden. [Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 141 will die Anwendbarkeit des § 578 auf den Fall des Nichtverhandelns beschränken.]

7. In dem Verfahren vor dem Berufungs- und Revisionsgericht ist keine wiederholte Ladung nötig; denn Abs. 1 des § 578 gebietet die Wiederholung der Ladung nur beim Ausbleiben des Beklagten im ersten Verhandlungstermin nach der Klage [vgl. RG. 9. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 116 S. 393, 23. Okt. 1883 SA. XXXIX Nr. 169, OLG. Jena SA. XLII Nr. 78]. Abs. 2 des § 578 ist auch in den höheren Instanzen anwendbar, jedoch nur auf

die Partei, welche in der ersten Instanz Beklagter war. Abs. 4 des § 578 findet in der Berufungsinstanz Anwendung beim Ausbleiben des Berufungsbeklagten, soweit dieser in der ersten Instanz Beklagter war; es kann gegen ihn außer dem Falle des § 430 ein Versäumnisurteil nicht erlassen werden, die Versäumnisfolgen des § 504 Abs. 2 treten gegen ihn nicht ein. Gegen den Berufungsbeklagten, welcher in erster Instanz Kläger war, kann Versäumnisurteil auf Grund der Kontumazialfolge des § 504 Abs. 2 erlassen werden. Beim Ausbleiben des Berufungsklägers ist die Berufung durch Versäumnisurteil abzuweisen. Für den Fall, daß der Berufungskläger in erster Instanz Kläger war, bedarf das keiner Begründung. Daß auch die Berufung der Partei, welche in erster Instanz Beklagter war, durch VU. abzuweisen ist, ergiebt sich trotz dem Abs. 4 des § 578 daraus, daß bei deren Ausbleiben im Verhandlungstermine keine Berufungsanträge existieren, über welche verhandelt werden könnte. In der Revisionsinstanz findet § 578 überhaupt nicht Anwendung; es gelten auch in Ehesachen die allgemeinen Versäumnisfolgen. Für den Fall, daß der Revisionskläger ausbleibt, folgt aus den für die Berufungsinstanz entwickelten Gesichtspunkten die Zulässigkeit eines Versäumnisurteils. Für den Fall, daß der Revisionsbeklagte, welcher in erster Instanz Beklagter war, ausbleibt, trifft der Grund des Ausschlusses der Versäumnisfolgen (s. o. Bem. Nr. 1) nicht mehr zu, da sich die Fiktion des Zugeständnisses hier nicht auf die zur Begründung der Klage dienenden Thatsachen beziehen kann.

§ 579.

Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen und dieselbe über die von ihr, von dem Gegner oder von dem Staatsanwalte behaupteten Thatsachen vernehmen.

Ist die zu vernehmende Partei am Erscheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert oder hält sie sich in großer Entfernung von dem Sitze desselben auf, so kann die Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen.

Gegen die nicht erschienene Partei ist wie gegen einen im Vernehmungstermine nicht erschienenen Zeugen zu verfahren; auf Haft darf nicht erkannt werden.

Mot. S. 367. KPr. S. 293, 602, 603, 725.

Abs. 1 stimmt mit § 132 überein. Die Abss. 2 und 3 enthalten Besonderheiten des Verfahrens in Ehesachen. „Ist — verhindert" — vgl. Bem. Nr. 4 zu § 340. — „In großer Entfernung" — vgl. Bem. Nr. 5 zu § 340. — „Wie gegen einen — Zeugen" — s. §§ 345, 346. Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe noch einmal erkannt, auch die zwangsweise Vorführung der Partei angeordnet werden (KPr. S. 603).

§ 580.

Das Gericht kann die Aussetzung des Verfahrens über eine Ehescheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens von Amtswegen anordnen, wenn es die Aussöhnung der Parteien für nicht unwahrscheinlich erachtet.

Auf Grund dieser Bestimmung darf die Aussetzung im Laufe des Rechtsstreits nur einmal und höchstens auf ein Jahr angeordnet werden.

Die Aussetzung findet nicht statt, wenn die Ehescheidung auf Grund eines Ehebruchs beantragt ist.

Mot. S. 367, 368. KPr. S. 293—298, 603, 604.

1. § 580 ersetzt die durch Preuß. AG. z. CPrO. § 8 aufgehobenen Bestimmungen des Pr. ALR. II 1 §§ 727—730, der AGO. I 40 § 45—50, der VO. v. 28. Juni 1844 und des Preuß. Ges. v. 1. März 1869 § 26. Vgl. a. preuß. Entw. § 864, norbb. Entw. § 1100, norbb. Prot. V S. 2206, bayr. PrO. Art. 670, dann C. civ. art. 259, 260.

Ähnliche Zwecke verfolgt die nach einzelnen Landesrechten zulässige zeitweilige Trennung von Tisch und Bett [Richter Kirchenr. 8. Aufl. herausg. v. Kahl §§ 286, 287, bes. S. 1174 u. S. 1187]. Da diese aber dem preuß. Recht [vgl. v. Savigny verm. Schr. V S. 330 ff., 349] und dem franz. Recht nur als Interimistikum während des Eheprozesses bekannt ist und die CPrO. Eingriffe in das materielle Eherecht vermeiden wollte, so wurde § 580 aufgenommen. Obwohl dieser § für Rechtsgebiete, in denen ein Klagerecht auf separatio temporaria existiert, kein Bedürfnis ist, so ist derselbe doch auch in diesen Gebieten anwendbar.

2. Die Aussetzung ist in allen Instanzen zulässig. Über deren Wirkung s. § 226. Wegen Aufnahme des Verfahrens s. § 227. Zulässigkeit der Beschwerde s. § 229.

3. Abs. 3 ist in der JK. d. RT. eingefügt, weil in diesem Falle die Aussöhnung sich nicht erwarten läßt. Der dem Ehebruch partikularrechtlich gleichgestellte verdächtige Umgang oder dringende Verdacht der verletzten ehelichen Treue ist nicht gemeint (KPr. S. 298).

4. Das Gesetz enthält keine besonderen prozessualischen Bestimmungen für den Fall, daß die Scheidung wegen böswilliger Verlassung (malitiosa desertio) beantragt wird (vgl. preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 §§ 61—69, Ges. v. 1. März 1869 §§ 31—35, preuß. Entw. § 875, sächs. Entw. § 967, bayr. PrO. Art. 658, norbb. Entw. § 1101).

Die Motive bemerken: „Die Prüfung, ob die Voraussetzungen einer böslichen Verlassung vorliegen, findet nach den Grundsätzen des Gesetzes nicht vor Bestimmung des Verhandlungstermins, sondern erst nach dem Verhandlungstermine selbst statt. Erscheint der Beklagte nicht, so hat das Gericht in Gemäßheit der §§ 577, 578 nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob unter Mitberücksichtigung der Kontumaz auf Grund des von dem Kläger vorgelegten Materials die bösliche Verlassung als festgestellt anzunehmen ist (vgl. norbb. Prot. V S. 2209, 2210). Eine öffentliche Zustellung der Ladung an den Beklagten ist nur nach Maßgabe des § 186 zulässig; die im § 578 Abs. 1 vorgeschriebene Wiederholung des Verhandlungstermins fällt nach § 578 Abs. 3 fort, wenn der Beklagte durch öffentliche Zustellung geladen, aber nicht erschienen ist. — Zur Sicherung des materiellen Rechts in betreff der malitiosa desertio und der quasidesertio hat sich das Gesetz veranlaßt gesehen, dem Einführungsgesetze § 16 Nr. 7, 8 einen doppelten Vorbehalt einzufügen und durch den weiteren Vorbehalt im § 16 Nr. 6 das dem preuß. Rechte (ALR. I 2 §§ 615, 685, 709, 801, Verordn. v. 28. Juni 1844 §§ 63, 64, Ges. v. 1. März 1869 § 32) und dem partikulären Rechte einzelner Rechtsgebiete angehörige, mit der böslichen Verlassung im Zusammenhange stehende Institut der auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle zu wahren."

Vgl. a. O. Gräbner Desertion und Quasidesertion (Kolberg 1882).

§ 581.

Zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe kann das Gericht Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amtswegen anordnen. Vor der Entscheidung sind die Parteien zu hören.

KPr. S. 604, 607, 725. Prot. der 168. Sitz. S. 8.

1. § 581 wurde von der JK. des RT. eingefügt, als man in erster Lesung die Mit-

wirkung der Staatsanwaltschaft bei Ehesachen abgelehnt hatte. Nachdem in zweiter Lesung die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft wieder zugelassen war, war die Vorschrift des § 581 kaum mehr nötig, wurde aber beibehalten. Thatsachen, welche erst nach Erlassung eines rechtskräftigen bedingten Endurteils liegen, kann das Gericht wegen der Gebundenheit an das bedingte Urteil nicht berücksichtigen [vgl. bay. o. LG. SA. XL Nr. 325].

2. „Vor der Entscheidung" — sc. vor der Entscheidung, welche die betreffende Thatsache berücksichtigt oder Beweis anordnet.

§ 582.

Urteile, durch welche auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist, sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

KPr. S. 600, 601, 607.

1. § 582 ist von der JK. d. RT. eingefügt, um zu verhüten, daß die Rechtskraft der in § 582 bezeichneten Urteile in der Schwebe bleibe. Die Bestimmungen des Code civ. art. 264—266 werden durch § 582 nicht berührt (KPr. S. 600 f.). Wegen Eintragung der Urteile in das Heiratsregister s. § 55 des RG. über die Beurk. des Personenstandes ꝛc. vom 6. Febr. 1875 und § 14 der Ausf.Verordn. d. Bundesrats v. 22. Juni 1875.

2. Von Amtswegen zuzustellen sind Urteile des Beruf.- und Rev.-Gerichts nicht bloß, wenn in der höheren Instanz auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit d. E. erkannt ist, sondern auch, wenn ein Rechtsmittel verworfen wird, welches die Änderung eines erstinstanziellen auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit erkennenden Urteils bezweckte. [Vgl. RG. 21. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 111 S. 363, bayr. o. LG. Bl. f. RA. LIII S. 153.] — Bedingte Urteile sind nie von Amtswegen zuzustellen [RG. 25. März 1881 Entsch. IV Nr. 110 S. 393]; ebensowenig Urteile, welche, nachdem rechtskräftig auf Scheidung erkannt ist, nur noch über die Schuldfrage erkennen [RG. 15. Mai 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1131].

3. Über die Eröffnung der Rechtsmittelfrist durch die Offizialzustellung s. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 477. Die Zustellung der in § 582 bezeichneten Urteile auf Betreiben der Partei macht die Offizialzustellung nicht entbehrlich, hat aber die gewöhnlichen Wirkungen und eröffnet den Lauf der Rechtsmittelfrist. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Fitting Ztschr. f. d. CPr. X S. 15. AM. A. Förster N. 3 unter irrtümlicher Berufung auf Entsch. III S. 375]. Dagegen eröffnet die Offizialzustellung eines nicht unter § 582 fallenden Urteils nicht den Lauf der Rechtsmittelfrist [RG. 27. Febr. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1130 und SA. XL Nr. 38, 15. Mai 1885 Beitr. XXIX S. 1131, bay. o. LG. SA. XXXVIII Nr. 349].

§ 583.

Die Vorschrift des § 252 findet in der Berufungsinstanz keine Anwendung.

Mot. S. 312, 368. KPr. S. 298, 604.

Ehesachen vertragen keine provisorische Erledigung. Vgl. §§ 502, 503.

§ 584.

In betreff einstweiliger Verfügungen, insbesondere in den Fällen, wenn ein Ehegatte die Gestattung der vorläufigen Trennung und die Entrichtung von Alimenten beantragt, kommen die Bestimmungen der §§ 815—822 zur Anwendung.

KPr. S. 298, 604.

4. Mit dem Gesuche um einstweilige Verfügung, insbesondere um die Gestattung der vorläufigen Trennung (das sog. Permittimus) und um Entrichtung von Alimenten während der Dauer des Prozesses, ist die Klage auf separatio temporaria nicht zu verwechseln. — Durch einstweilige Verfügung kann auch bestimmt werden, bei wem die Kinder während des Prozesses bleiben sollen. [Vgl. RG. 1. Nov. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1162, OLG. Kiel eod. XL Nr. 261, bay. o. LG. SA. XLII Nr. 1729.] Ob die vorläufige Trennung zu gestatten, ob ein Ehegatte zur Alimentation während des Prozesses verbunden sei, bei wem die Kinder bleiben sollen, ist aus dem materiellen Recht zu entscheiden. Wegen Alimentationsverbindlichkeit s. SA. VIII Nr. 271, XI Nr. 156, Pr. ALR. II 1 § 712. Der Ehemann kann auch angehalten werden, der klagenden Ehefrau Vorschuß zur Prozeßführung zu gewähren, sofern er nach materiellem Recht dazu verbunden ist. [Vgl. RG. 8. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 119 S. 416.] Darüber, ob die Alimentationsverbindlichkeit nach gem. Recht die Verbindlichkeit zum Kostenvorschuß einschließe, vgl. SA. VIII Nr. 308, XIX Nr. 193, XXIII Nr. 267, XXX Nr. 84, XXXIII Nr. 41, XL Nr. 292. Wegen des franz. Rechts s. Puchelt Ztschr. f. franz. R. XII S. 223.

§ 585.

Für die Nichtigkeitsklage gelten die in den nachfolgenden Paragraphen enthaltenen besonderen Vorschriften.

Mot. S. 369. KPr. S. 298, 604.

1. Der Begriff Nichtigkeitsklage ergiebt sich aus § 592. Vgl. a. S. 695 f.

2. Ist die Nichtigkeitsklage zu Lebzeiten der Eheleute erhoben, so ist der Prozeß vererblich [RG. 21. Juni 1882 SA. XXXIX Nr. 4].

§ 586.

Die Klage kann auch von der Staatsanwaltschaft erhoben werden. Inwiefern zur Erhebung der Klage ein Ehegatte oder ein dritter befugt ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die von dem Staatsanwalte oder einem dritten erhobene Klage ist gegen beide Ehegatten, die von einem Ehegatten erhobene Klage ist gegen den anderen Ehegatten zu richten.

Mot. S. 369. KPr. S. 298—300, 604, 721.

1. Die Motive bemerken: „Der Staatsanwalt hat in Rechtsstreitigkeiten, welche die Nichtigkeit einer Ehe betreffen, die Rolle einer Partei. Aus dieser Stellung ergeben sich die Vorschriften der §§ 586, 589—591 als notwendige Konsequenzen (vgl. Mot. z. preuß. Entw. S. 215, 216). Daß der Staatsanwalt nicht der Vertretung durch einen bei dem Gerichte zugelassenen Anwalt bedarf, erschien als selbstverständlich und ist daher nicht ausdrücklich ausgesprochen worden." (So auch KPr. S. 721.)

2. Die Worte „ein Ehegatte oder" wurden in der JK. d. RT. eingefügt (KPr. S. 299 und Beschl. d. Red.-Komm. Nr. IX), um klarzustellen, daß Beschränkungen, welche etwa das bürgerliche Recht dem Ehegatten in Bezug auf Erhebung der Nichtigkeitsklage auferlegt, aufrecht erhalten bleiben.

3. „Ein dritter" — vgl. Pr. ALR. II 1 § 973, code civ. art. 184, bay. AG. Art. 93, Entw. e. b. G. § 1253.

4. Die beiden Ehegatten, gegen welche die Klage von dem StA. oder einem dritten erhoben wird, sind Streitgenossen, denen gegenüber das Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden kann. Auf dieselben finden die §§ 59, 434 Anwendung. Die vom StA. oder

einem dritten nur gegen einen Ehegatten erhobene Nichtigkeitsklage ist ex officio abzuweisen. [Vgl. v. Amelunxen notwend. Streitgenossenschaft S. 57.]

§ 587.

Mit der Nichtigkeitsklage kann eine andere Klage nicht verbunden werden. Eine Widerklage ist nur statthaft, wenn sie eine Nichtigkeitsklage ist.

Mot. S. 369. KPr. S. 300, 604.

1. Die Motive bemerken: „Die dem StA. in Betreff der Nichtigkeitsklage zugewiesene Rolle bedingt, daß das Verfahren sich auf die Verhandlung von Nichtigkeitsgründen beschränke; die Verbindung einer anderen Klage mit der Nichtigkeitsklage oder die Erhebung einer anderen Klage, als welche die Nichtigkeit der Ehe zum Gegenstande hat, müßte zu unlösbarer Verwirrung führen."

2. Gegen den StA. [oder einen Nichtehegatten] kann überhaupt nicht Widerklage erhoben werden [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 67 N. 79 und S. 123 N. 149].

§ 588.

Solange die Ehegatten leben, kann die Nichtigkeit einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann, nur auf Grund einer Nichtigkeitsklage ausgesprochen werden.

Mot. S. 369. KPr. S. 300, 604.

1. Zu Lebzeiten beider Ehegatten kann eine formell geschlossene, daher faktisch bestehende Ehe nicht als nichtig behandelt werden, bevor mittels Nichtigkeitsklage ein die Nichtigkeit aussprechendes rechtskräftiges Urteil erwirkt ist. Taucht in einem anderen Rechtsstreit die Frage der Nichtigkeit als Präjudizialfrage auf, so ist nicht bloß Inzidentklage und -widerklage unstatthaft, sondern es kann die Ehenichtigkeit auch nicht in den Entscheidungsgründen ohne Rechtskraft ausgesprochen werden. [So auch Strckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 41, Petersen S. 845, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 124 N. 156. Unrichtig Hellmann II Komm. S. 557 u. Lehrb. S. 143, 896.] Ist die Nicht.-Klage bereits erhoben, so kann der präjudizierte Prozeß ausgesetzt (§ 139), ist die Klage noch nicht erhoben, so kann im präjudizierten Prozeß die Vertagung beschlossen werden. Wird von diesen Auskunftsmitteln kein Gebrauch gemacht, so ist in dem präjudizierten Prozesse die Ehe als eine bestehende zu behandeln. (Vgl. Mot. zu Entw. I S. 412.)

2. Ob und in welcher Art nach dem Tode eines Ehegatten die Nichtigkeit einer Ehe ausgesprochen werden kann, ist nach dem Landesrecht zu beurteilen. Vgl. RG. v. 6. Febr. 1875 betr. die Beurk. d. Personenst. ꝛc. § 36; pr. ALR. II 1 §§ 42, 43.

3. Auf formell ungültige (z. B. unter der Herrschaft des RG. v. 6. Febr. 1875 nur von einem Geistlichen eingesegnete Ehen) bezieht sich der Eheprozeß überhaupt nicht.

§ 589.

Der Staatsanwalt kann, auch wenn er die Klage nicht erhoben hat, den Rechtsstreit betreiben, insbesondere selbständige Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen.

Mot. S. 369. KPr. S. 300, 604.

1. Vgl. Barazetti bad. Ann. XLIX S. 366 ff. — Im Nichtigkeitsprozeß hat der StA. Parteirechte, auch wenn er nicht die Klage erhoben hat; wenn er den Prozeß betreibt und Anträge stellt, wird er Streitgenosse [so auch Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 197]. Über Rechtsmitteleinlegung s. § 590.

2. Der StA. kann sowohl die Nichtigkeitserklärung wie die Aufrechterhaltung der Ehe durch seine Mitwirkung anstreben und beantragen. Rechtsmittel einlegen kann der StA., selbst wenn nach seinem Antrag erkannt ist.

§ 590.

Wird ein Rechtsmittel von dem Staatsanwalte oder einer Privatpartei eingelegt, so sind im ersteren Falle die Privatparteien, im letzteren Falle die übrigen Privatparteien und der Staatsanwalt, sofern derselbe Partei ist, für das Rechtsmittelverfahren als die Gegner anzusehen.

Mot. S. 369. KPr. S. 300, 604.

1. Wer ein Rechtsmittel einlegt, wird formell Prozeßgegner aller anderen Beteiligten. Die anderen Beteiligten stehen unter sich im Verhältnisse von Streitgenossen, denen gegenüber der Streit nur einheitlich entschieden werden kann (§ 59). Wegen Zustellung der Rechtsmittelschrift an die Streitgenossen s. Bem. Nr. 5 zu § 479.

2. Die Worte „sofern derselbe Partei ist" beziehen sich nicht bloß auf den Fall des § 586, sondern auch auf den Fall der Beteiligung des StA. am Prozesse der Vorinstanz nach § 589.

§ 591.

In den Fällen, in welchen der als Partei auftretende Staatsanwalt unterliegt, ist die Staatskasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachsenen Kosten in Gemäßheit der Bestimmungen des fünften Titels des zweiten Abschnitts des ersten Buchs zu verurteilen.

Mot. S. 369. KPr. S. 300, 604.

1. „Als Partei" — vgl. Bem. Nr. 2 zu § 590. Unterliegt der StA. als Streitgenosse einer Partei (§§ 589, 590), so ist § 95 anwendbar. [So auch Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 196.]

2. Wegen der Gebühren s. GKG. § 98.

3. Siegt der StA. (allein oder mit Streitgenossen), so ist der Gegner kostenpflichtig nach allgemeinen Regeln.

§ 592.

Im Sinne dieses Abschnitts ist unter Ehescheidungsklage zu verstehen die Klage auf Auflösung des Bandes der Ehe oder auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett; unter Ungültigkeitsklage die Klage auf Anfechtung einer Ehe aus irgend einem Grunde, welcher nicht von Amtswegen geltend gemacht werden kann; unter Nichtigkeitsklage die Klage auf Anfechtung einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann.

Mot. S. 357 f. KPr. S. 300, 604.

Vgl. die in Bem. Nr. 1 vor § 568 cit. Motive und die Note * S. 695.

Zweiter Abschnitt.

Verfahren in Entmündigungssachen.

1. Litteratur: Mandry der civilrechtliche Inhalt d. RG. 3. Aufl. S. 32 ff., S. 95 ff., Daude das Entmündigungsverfahren gegen Geisteskranke, Verschwender und Gebrechliche nach der RCPrO. und den deutschen Landesgesetzgebungen (Berlin 1882), Hellmann Lehrbuch

S. 901 ff., Utting Bl. f. RA. LII S. 17, 35, 70, 81, 161, 178, 209, LIII S. 49, 65, 97, 113 (insbesondere die Entmündigung wegen Verschwendung betr.). Vgl. a. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 198 ff. und Wach I S. 55 ff., welcher das Entmündigungsverfahren der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit zuweist.

2. Die Motive (S. 369 f.) bemerken: „Die materiellen Voraussetzungen, unter denen Geisteskrankheit und Verschwendung von rechtlichen Folgen begleitet sind, sowie diese Folgen selbst — totale oder partielle Handlungsunfähigkeit, Bevormundung u. s. w. — werden durch das bürgerliche Recht bestimmt. Um aber danach eine Person als geisteskrank oder als Verschwender ihrer bürgerlichen Selbständigkeit zu entkleiden, muß ihr Zustand rechtlich gewiß sein. Der Weg, auf welchem diese Gewißheit geschaffen wird, ist nach der bestehenden Legislation verschieden. Das preußische, französische und württembergische Recht weisen jene Feststellung dem Civilprozesse zu; nach gemeinem und nach anderen Rechten findet sie nicht in den Formen eines Prozesses, sondern nach Art der Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit (iurisdictio voluntaria mixta) statt, indem der Vormundschaftsbehörde überlassen bleibt, sich die erforderliche Überzeugung von der Notwendigkeit einer Bevormundung zu verschaffen (vgl. PrO. v. Oldenburg Art. 372 ff.; v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender, Erlangen 1861, S. 14 ff., Wagner Grundzüge der Gerichtsverfassung ꝛc. in Kurhessen §§ 905 ff., nordd. Prot. V S. 2213)."

Die Entwürfe I, II und III schlossen sich nach dem Vorgange des preuß. Entw. §§ 387 ff. und des nordd. Entw. §§ 1109 ff. der ersten Gruppe an. Die JK. d. RT. war darin mit dem Entwurf einverstanden, daß für die Erklärung einer Person als geisteskrank oder als Verschwender die in einem nach vorheriger kontradiktorischer Verhandlung erfolgenden gerichtlichen Urteile liegende Bürgschaft zu gewähren sei, nicht aber darin, daß das Verfahren in den strengen Formen des Civilprozesses beginne (Komm.-Ber. v. 19. Okt. 1876). Dies sei nicht bloß für die meisten Fälle zu weitläufig und kostspielig, sondern auch der Natur der Sache widersprechend, beeinträchtige namentlich das wahre Interesse des Geisteskranken. Es wurde daher eine Umgestaltung des vorgeschlagenen Verfahrens beschlossen, welche sich als eine Verbindung der beiden oben erwähnten Systeme darstellt. Nach diesen Beschlüssen tritt zuerst ein Offizialverfahren des Amtsgerichts ein; bei dessen Beschluß hat es sein Bewenden, soweit dieser nicht, wenn die beantragte Entmündigung abgelehnt wird, durch Beschwerde, wenn die Entmündigung ausgesprochen ist, im Wege der Klage angefochten wird. Für die Wiederaufhebung der Entmündigung (§§ 616—620) ist das Verfahren in analoger Weise gegliedert.

3. Wegen Beschränkung der Öffentlichkeit s. GVG. § 172. Danach ist das Verfahren auf die Klage wegen Anfechtung oder Wiederaufhebung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit mit Ausnahme der Vernehmung des Entmündigten öffentlich; doch kann auf Antrag einer Partei die Öffentlichkeit der Verhandlung überhaupt ausgeschlossen werden. Das entsprechende Verfahren betreffs der Entmündigung wegen Verschwendung ist stets öffentlich, soweit nicht der § 173 eingreift. Das amtsgerichtliche Offizialverfahren betreffs Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Wiederaufhebung solcher Entmündigung ist nicht öffentlich. Zweifelhaft, ob das amtsgerichtliche Verfahren betreffs Entmündigung wegen Verschwendung oder Wiederaufhebung solcher Entmündigung öffentlich ist. Gegen die Öffentlichkeit dürfte entscheiden, daß dieses Verfahren sich nicht in den Formen des Civilprozesses bewegt und daß auf dasselbe der Begriff „Verhandlung (sc. mündliche) vor dem erkennenden Gericht" (GVG. § 170) nicht paßt. [So auch Petersen S. 874, Hellmann Lehrb. S. 912, Arnold Jur. WSchr. 1880 S. 109, Bl. f. RA. XLVII S. 179 ff., 193 f., LII S. 178 ff., 209 ff. AM. Struckm. Koch N. 4 zu GVG. § 172, Wilm. Levy N. 2 zu GVG. § 172, Gaupp III S. 80, Daude S. 125, Übel Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 470 ff.] Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 34 Nr. 1 (i. d. Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881), 98 Abs. 3; GO. f. RA. § 23.

4. Über das Verhältnis der CPrO. zu der Landesgesetzgebung bemerken die Motive (S. 370 f.):

„Die Vorschriften der CPrO. berühren die Frage, ob eine geisteskranke Person seitens der Familie oder der Polizei provisorisch, sei es zum Zwecke der Heilung, sei es zu vorläufiger Unschädlichmachung, in einer Irrenanstalt untergebracht werden darf, in keiner Weise; sie entscheidet sich lediglich nach den Landesgesetzen (vgl. für Preußen: v. Rönne Ergänzungen zur AGO. I 38 § 2 Ed. V Bd. III S. 511 ff.; württemb. Reg.-Bl. 1836 S. 279 u. a.).

Nicht minder unberührt bleiben:

1) die landesgesetzlichen Bestimmungen, nach denen aus anderen Gründen, z. B. wegen bloßer Imbecillität, Bresthaftigkeit, Taubstummheit und dergl. die Bevormundung selbständiger Personen gestattet ist (vgl. z. B. preuß. ALR. II 18 §§ 15 ff.; nordd. Prot. V S. 2222);

2) die Vorschrift des materiellen französischen Rechts, wonach im Interdiktionsprozesse wegen Geisteskrankheit — an dessen Stelle fernerhin das Entmündigungsverfahren der CPrO. tritt — nach Umständen die bloße Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch das Erfordernis der Zuziehung eines im Urteil ernannten Beistandes für gewisse Geschäfte erkannt werden kann (Code civ. art. 499, nordd. Prot. a. a. O.);

3) die civilrechtlichen Bestimmungen, nach welchen Geisteskranke bzw. Verschwender ohne Rücksicht darauf, ob sie durch richterliches Urteil entmündigt worden, handlungsunfähig sind oder ungeachtet ihrer Entmündigung partiell handlungsfähig bleiben (vgl. l. 6 C. de cur. fur. 5, 70, preuß. ALR. I 1 §§ 29 ff.; I 4 §§ 20 ff.; I 12 §§ 20 ff., 27 ff.; code civ. art. 503 ff., 509; bayer. Landrecht I 7 § 37 Nr. 3; v. Arnold a. a. O. S. 50 ff. u. a.).

Die dem § 1124 des nordd. Entw. entsprechende Vorschrift des § 10 des EG. ist mit Rücksicht auf das bad. und rheinisch-franz. Recht (code civ. art. 513—515) aufgenommen worden."

Die Wirkung der Entmündigung auf die Handlungsfähigkeit des Entmündigten ist nach dem Landesrecht zu beurteilen. Der Unterschied, welchen das preuß. ALR. I 1 §§ 27 ff., I 4 §§ 23, 27 zwischen Wahn- und Blödsinnigen macht, besteht also fort. Vgl. auch Entw. e. b. GB. §§ 64 u. 70.

5. Landesrechtlich ist das Verfahren der CPrO. anwendbar nach württ. Recht auf Entmündigung Gebrechhafter, Stummer, Ungehöriger [s. Gaupp III S. 45]; nach Hamb. Vorm.-Ordn. v. 1879 Art. 76 Abs. 1 auf Entmündigung Taubstummer; nach den Oldenb. Ausf.-Gesetzen z. GVG. f. Oldenburg, Fürst. Lübeck und Birkenfeld Art. 42—48 (bzw. 25—31 und 22—28) und nach Sächs. Ges. v. 20. Febr. 1882 betr. die Entmündigung teilweise auf Entmündigung Gebrechlicher und Taubstummer.

6. Der Verzicht auf die Handlungsfähigkeit und die freiwillige Unterwerfung unter eine Vormundschaft ist nach gem. Recht ohne rechtliche Wirkung [RG. 16. März 1881 Entsch. IV Nr. 47 S. 165; Daube S. 15 N. 19].

§ 593.

Eine Person kann für geisteskrank (wahnsinnig, blödsinnig u. s. w.) nur durch Beschluß des Amtsgerichts erklärt werden.

Der Beschluß wird nur auf Antrag erlassen.

Mot. S. 370, 371. KPr. S. 300—315, 452, 453, 560.

1. Die Begriffe „wahnsinnig, blödsinnig" sind, obwohl die moderne Psychiatrie dieselben als spezifische Bezeichnungen für Zustände des Irrseins verwirft, absichtlich hervorgehoben, weil das materielle preuß. Recht einen keineswegs bloß nominellen Unterschied zwischen beiden Arten der Geisteskrankheit macht (ALR. I 1 §§ 27 ff., I 4 §§ 23, 27). Hinsichtlich der prozessualischen Behandlung ist der Unterschied dieser oder anderer Formen von Geisteskrankheit

bedeutungslos. Aber der Beschluß hat, wo das materielle Recht zwischen den Folgen der einen oder anderen Form von Krankheit einen Unterschied macht, auszusprechen, wegen welcher Form die Entmündigung erfolgt [vgl. RG. 12. Juli 1886 Entsch. XVI Nr. 55 S. 234].

2. „Nur durch Beschluß des Amtsgerichts". Die Entmündigung kann weder durch eine Verwaltungs- oder Vormundschaftsbehörde noch durch eine im Laufe eines Prozesses erfolgende Entscheidung des Gerichts erfolgen. Nicht ausgeschlossen ist, daß im Laufe eines Prozesses (z. B. wenn es sich um die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts oder um Ehescheidung handelt) die Thatsache, daß eine Person geisteskrank ist, erwiesen und festgestellt wird. [Vgl. RG. 12. Juli 1886 Entsch. XVI Nr. 55 S. 234.] — Gegenstand einer Feststellungsklage (§§ 231, 253) kann die Geisteskrankheit nicht sein, weil sie eine Thatsache ist.

3. „Nur auf Antrag". Ohne Antrag wird die Entmündigung nicht beschlossen. Der Staatsanwalt ist befugt, den Antrag zu stellen (nur wegen Geisteskrankheit, nicht wegen Verschwendung); dadurch ist dem öffentlichen Interesse genügend Rechnung getragen. Das Gesetz bestimmt nichts über die Zurücknahme des Antrags. Es ist zweifelhaft, ob bei Zurücknahme des Antrags das Verfahren eingestellt werden muß. Die gelegentlich der Beratung über die Kosten des Entm.-Verfahrens in der JK. d. RT. gefallene Äußerung, „derjenige, welcher den Antrag gestellt habe, könne das Verfahren nicht sistieren," ist umsoweniger entscheidend, als nicht ersichtlich ist, ob diese Ansicht von anderen Kommissionsmitgliedern und den Regierungskommissaren geteilt wurde. Gegen die Einstellung bei Zurücknahme des Antrags spricht, daß das Verfahren nach der Antragstellung gemäß § 597 als Offizialverfahren konstruiert und daß für den Fall der Zurücknahme nicht die Kostenpflicht des Antragstellers ohne Rücksicht auf Verschulden ausgesprochen ist. Aber beide Argumente sind nicht durchschlagend; denn es ist die Hemmung eines Offizialverfahrens über das Begründetsein des Antrags durch Zurücknahme des Antrags denkbar und eine besondere Bestimmung über die Kostenpflicht des Antragstellers ist mit Rücksicht auf Abs. 2 des § 601 nicht unentbehrlich. Für die Hemmung des Verfahrens durch die Zurücknahme des Antrags spricht, daß in Abs. 2 des § 593 der Antrag als notwendige Voraussetzung für die Erlassung des Beschlusses — nicht für die Eröffnung des Verfahrens — angeführt ist; ferner daß der Kreis der Antragsberechtigten genau bestimmt ist — nicht jedermann ist berechtigt, das Verfahren zu veranlassen, der Antrag ist also nicht bloße Anzeige, auf welche hin das Gericht von Amtswegen thätig wird, sondern ein subjektives Prozeßrecht; endlich, daß der Staatsanwalt bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit den Antrag aufnehmen, also die Einstellung verhindern kann, wo immer ein öffentliches Interesse besteht. Bei Entmündigung wegen Verschwendung kann der StA. allerdings nicht eingreifen; aber hier kann landgesetzlich der Gemeinde, dem Armenverband rc. das Antragsrecht gewährt werden. Erwägt man noch, daß durch Einfügung des Entmündigungsverfahrens in die CPrO. die civilprozessualische Behandlung nahegelegt ist und daß im Civilprozeß die Zurücknahme eines Antrags im allgemeinen die gerichtliche Entscheidung über den Antrag hemmt, so dürfte das Übergewicht der Gründe sich auf die Seite der Meinung neigen, daß bei Zurücknahme des Antrags das Verfahren einzustellen ist. [So auch Struckm. Koch N. 1 zu § 597, Wilm. Levy N. 1 zu § 593, Gaupp III S. 48, 53, Petersen S. 850, A. Förster N. 6, Daube S. 35 f., Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 384 u. a. AM. Endemann III S. 46, Utting Bl. f. RA. LII S. 36 ff., 70 ff.] Das Verfahren ist auch einzustellen, wenn die Antragsbefugnis des Antragstellers wegfällt, ehe über den Antrag entschieden ist — z. B. der Ehegatte hat den Antrag gestellt, die Ehe wird vor der Beschlußfassung geschieden [vgl. bay. o. LG. SA. XXXIX Nr. 66]. Dagegen hindert der Tod des Antragstellers oder dessen nachträglich eingetretene Handlungsunfähigkeit die Fortsetzung des Verfahrens nicht. Stirbt der zu Entmündigende, so ist das Verfahren zu Ende.

§ 594.

Das Amtsgericht, bei welchem der zu Entmündigende seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ist ausschließlich zuständig.

Gegen einen Deutschen, welcher seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, kann der Antrag bei dem Amtsgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche gestellt werden.

Mot. S. 371, 372. KPr. S. 311, 453, 560.

1. Zu Abs. 1: „Allgemeinen Gerichtsstand" — s. §§ 12—18. Dadurch, daß der Geisteskranke in einer Irrenanstalt untergebracht wird, verliert er nicht seinen früheren Wohnsitz; wohl aber kann am Orte der Anstalt sein Aufenthalt im Sinne des § 18 und daher sein allgemeiner Gerichtsstand in Ermangelung eines Wohnsitzes sein, denn der Aufenthalt ist etwas Thatsächliches, daher nicht bedingt durch Willensfähigkeit. [So auch Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 1. AM. Daube a. a. O. S. 18 ff., Hellmann Lehrb. S. 904.] — Die Zuständigkeit aus § 594 Abs. 1 ist auch gegen einen Ausländer begründet, der im Deutschen Reich seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Wegen Entmündigung russischer Staatsangehöriger in Preußen s. Daube S. 38 und A. Förster N. 1 zu § 594.

2. Zu Abs. 2: Vgl. § 568 Abs. 2. Die Eigenschaft eines Deutschen im Zeitpunkt der Antragstellung genügt zur Begründung dieses Gerichtsstandes.

§ 595.

Der Antrag kann von dem Ehegatten, einem Verwandten, oder dem Vormunde des zu Entmündigenden gestellt werden. Gegen eine Ehefrau kann nur von dem Ehemanne, gegen eine Person, welche unter väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, nur von dem Vater oder dem Vormunde der Antrag gestellt werden. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen noch andere Personen den Antrag stellen können, bleiben unberührt.

In allen Fällen ist auch der Staatsanwalt bei dem vorgesetzten Landgerichte zur Stellung des Antrags befugt.

Mot. S. 372. KPr. S. 311, 454, 560.

1. Zu Abs. 1 Satz 1: „Von dem Ehegatten", sc. während bestehender Ehe, nicht nach der Scheidung. — „Verwandten" — ohne Unterschied der Gradesnähe; nicht von Verschwägerten. — „Vormund" — sc. von dem Altersvormund, dem curator prodigi, dem wegen körperlicher Gebrechen oder Altersschwäche bestellten Kurator.

2. Zu Abs. 1 Satz 2: Die Motive bemerken: „Die Zulassung des Entmündigungsantrags wider solche Personen, welche sich bereits in einem juristischen Abhängigkeitsverhältnisse befinden, — wider Ehefrauen, welche unter maritalischer, und Personen, welche unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen — entscheidet eine auf dem Gebiete des preuß. Rechts (vgl. von Rönne Ergänzungen zur AGO. I 38 § 1 Ed. V Bd. III S. 510, 511) wie anderwärts (vgl. v. Arnold a. a. O. S. 13 ff.) ventilierte Kontroverse und findet ihren Grund in der Natur des Entmündigungsantrags, welcher über die Herbeiführung der Bevormundung hinaus die Feststellung des Statuts einer Person bezweckt, wovon in manchen Gebieten, namentlich in Preußen, die Befugnis der Irrenanstalten zur dauernden Aufnahme eines Geisteskranken abhängt (vgl. nordd. Prot. V S. 2216, 2217)."

Gegen eine Ehefrau, welche unter Vormundschaft steht, kann nur der Ehemann, nicht auch der Vormund den Entmündigungsantrag stellen.

3. Zu Abs. 1 Satz 3: Vgl. Sachs.-Altenb. AG. v. 25. März 1879 (Gemeindevorstand). [Vgl. hierzu RG. Entsch. VII S. 347.] — Auch gegenüber den nach den Bestim-

mungen des bürgerlichen Rechts Antragsberechtigten gilt die Beschränkung des Abs. 1 Satz 2. [So auch Daude S. 32.]

4. Zu Abs. 2: Das Antragsrecht des Staatsanwalts unterliegt nicht der Beschränkung des Abs. 1 Satz 2.

5. Zu Abs. 1 und 2: Die Berechtigung aller Antragsberechtigten ist eine gleichmäßige. Daraus folgt, daß jeder Antragsberechtigte in das auf Antrag eines andern eingeleitete Verfahren mit Anträgen eintreten kann.

6. Die Vormundschaftsbehörde hat kein Antragsrecht.

§ 596.

Der Antrag kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. Er soll eine Angabe der ihn begründenden Thatsachen und die Bezeichnung der Beweismittel enthalten.

KPr. S. 311, 454, 560.

1. Der Antragsteller muß prozeßfähig sein. Für den Prozeßunfähigen kann dessen gesetzlicher Vertreter den Antrag stellen. Der Antrag kann durch einen Bevollmächtigten gestellt werden. Die Vorlage der Vollmacht ist von Amtswegen zu verlangen (§ 84 Abs. 2). Die Vollmacht muß spezielle Ermächtigung zu dem Entmündigungsantrag enthalten; Generalvollmacht genügt nicht. Kein Anwaltszwang.

2. Die Vorschrift des zweiten Satzes ist instruktionell; das weitere Verfahren (§ 597) ist nicht dadurch bedingt, daß der Antrag derselben entspricht.

§ 597.

Das Gericht hat unter Benutzung der in dem Antrage angegebenen Thatsachen und Beweismittel von Amtswegen die zur Feststellung des Geisteszustandes erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweismittel aufzunehmen.

Das Gericht kann vor Einleitung des Verfahrens die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses anordnen.

Der Staatsanwalt kann in allen Fällen das Verfahren durch Stellung von Anträgen betreiben.

Für die Vernehmung und Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen kommen die Bestimmungen im siebenten und achten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs zur Anwendung. Die Anordnung der Haft im Falle des § 355 kann von Amtswegen erfolgen.

Mot. S. 372, 373. KPr. S. 311, 312, 451, 454, 560.

1. Das Gericht hat zunächst zu prüfen, ob es zuständig und der Antragsteller antragsberechtigt ist. Ist dies nicht der Fall, so ist der Antrag ohne weiteres Verfahren durch Beschluß zurückzuweisen. Zustellung: § 294 Abs. 3. Einfache Beschwerde: § 530.

2. § 597 verwirklicht das für das amtsgerichtliche Verfahren angenommene (s. o. S. 714) Offizialprinzip. Verhandlung im Sinne des § 119 findet nicht statt. Das Gericht kann alle Arten von Ermittelungen veranstalten, insbesondere auch Berichte anderer Behörden einfordern und alle Beweismittel, welche ihm geeignet scheinen, aufnehmen. Bei der Beweisaufnahme ist das Gericht weder auf die etwa im Antrage bezeichneten Thatsachen und Beweismittel beschränkt, noch muß es die vorgeschlagenen Beweise erheben. Ein Beweis durch Eid ist nach der Natur des Verfahrens unmöglich. Dagegen kann der Antragsteller selbst als Zeuge

eidlich vernommen werden, da er nicht Partei ist. Von Geständnis und Anerkenntnis ist, da keine Parteien vorhanden sind, nicht die Rede. — Nach dem Prinzip des Offizialverfahrens kann das Gericht, sobald es sich überzeugt, daß der Antrag nicht begründet ist, also möglicher Weise ohne jedes Ermittelungsverfahren, das Verfahren durch ablehnenden Beschluß beendigen.

3. Zu Abs. 2: Die Anordnung steht im Ermessen des Gerichts. Der Beschluß ist dem Antragsteller zuzustellen. Das Zeugnis ersetzt nicht die Vernehmung (§ 599).

4. Zu Abs. 3: Der Staatsanwalt am vorgesetzten Landgericht (arg. § 595 Abs. 2) ist zur Antragstellung im Laufe des Verfahrens auch befugt, wenn er nicht die Entmündigung beantragt hat. Er kann, wie jeder Antragsberechtigte, den Antrag aufnehmen, wenn der Antragsteller seinen Antrag zurücknimmt (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 593).

5. Zu Abs. 4: Die Bestimmungen über die Vernehmung und Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen kommen zur Anwendung mit den Modifikationen, welche sich daraus ergeben, daß im amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren keine Parteien vorhanden sind. Anwendbar sind hiernach die §§ 340, 341, 342 (mit der Maßgabe, daß anstatt der Parteien das Verfahren zu bezeichnen ist), 343, 345—347, 348 Nr. 4, 5, 350 Abs. 2, 351, 352 (ohne Anhörung von Parteien) 353, 354, 355 (mit der Maßgabe, daß die Anordnung und die Vollziehung der Haft gegen den Zeugen von Amtswegen erfolgen kann; vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 792), 356 Abs. 1, 357, 358 Abs. 1 Nr. 1, 2, 359—361, 363, 365—367, 369 Abs. 1, 2, 370, 372—374, 375 (mit der Maßgabe, daß kein Verzicht auf Beeidigung möglich ist), 376—379. — Der zu Entmündigende hat nicht einmal im Verfahren über die Anfechtungs- und Wiederaufhebungsklage, geschweige denn im amtsgerichtlichen Verfahren ein Recht darauf, bei der Vernehmung der Zeugen oder Sachverständigen anwesend zu sein [vgl. RG. 5. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1094].

§ 598.

Der zu Entmündigende ist persönlich unter Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständigen zu vernehmen.

Die Vernehmung kann auch durch einen ersuchten Richter erfolgen.

Die Vernehmung kann unterbleiben, wenn sie nach Ansicht des Gerichts schwer ausführbar oder für die Entscheidung unerheblich oder für den Gesundheitszustand des zu Entmündigenden nachteilig ist.

Mot. S. 373. KPr. S. 312, 452, 454, 560.

1. Die persönliche Vernehmung darf nur aus den in Abs. 3 angeführten Gründen unterbleiben. „Schwer ausführbar" oder „unerheblich" kann z. B. die Vernehmung von Tobsüchtigen (Mot. 373) oder von Personen sein, welche nicht zum Reden zu bringen sind. Ort der Vernehmung s. § 196. Die Vernehmung außerhalb der Gerichtsstelle ist zumeist angezeigt; der Transport der in Anstalten befindlichen Personen an die Gerichtsstelle ist zu vermeiden (KPr. S. 463 f.).

2. Wegen Ernennung und Vernehmung der Sachverständigen s. Bem. Nr. 5 zu § 597. Die preuß. Verf. v. 10. Mai 1887 (JMBl. S. 129) empfiehlt den Amtsrichtern, das mündliche Gutachten möglichst vollständig zu protokollieren, wegen § 612 Abs. 2.

§ 599.

Die Entmündigung darf nicht ausgesprochen werden, bevor das Gericht einen oder mehrere Sachverständige über den Geisteszustand des zu Entmündigenden gehört hat.

Mot. S. 373. KPr. S. 312, 452, 454, 560.

Wegen Ernennung und Vernehmung der Sachverständigen s. Bem. Nr. 5 zu § 597. Gebunden ist das Gericht an das Gutachten nicht. — Ablehnung der Entmündigung ist ohne Anhörung von Sachverständigen zulässig.

§ 600.

Sobald das Gericht die Anordnung einer Fürsorge für die Person oder das Vermögen des zu Entmündigenden für erforderlich hält, ist der Vormundschaftsbehörde zum Zwecke dieser Anordnung Mitteilung zu machen.

Mot. S. 374. KPr. S. 302—309, 312, 452, 454, 455, 560.

1. Während des Entmündigungsverfahrens kann eine provisorische Fürsorge für die Person oder das Vermögen des zu Entmündigenden nötig werden. Für diese Fälle trifft § 600 Vorkehrung. Die Mitteilung entfällt, wenn der mit dem Entmündigungsverfahren befaßte Amtsrichter auch Vormundschaftsrichter nicht schon, wenn dasselbe Amtsgericht Vormundschaftsbehörde ist.

2. In der JK. d. RT. wurde konstatiert, daß nicht beabsichtigt sei, für jene Gebiete, in denen nach der Vormundschaftsordnung eine provisorische Kuratel nicht besteht, durch § 600 irgend welche Änderung zu treffen [vgl. RG. 28. April 1883 Entsch. IX Nr. 45 S. 180]; ferner, daß durch § 600 der Befugnis der Vormundschaftsbehörde, auch unabhängig von der in § 600 angeordneten Anzeige eine provisorische Kuratel einzuleiten, in keiner Weise präjudiziert werden solle. — Provisorische Kuratel ist z. B. zugelassen nach preuß. Vorm.-Ordn. v. 5. Juli 1875 § 90, C. c. art. 497.

3. Über „Vormundschaftsbehörde" vgl. preuß. AG. z. GVG. § 26; bayer. AG. z. CPrO. Art. 176; bad. Ges. v. 6. Febr. 1879, btr. die Verwaltung der freiw. Gerichtsbarkeit u. d. Notariat, § 2 Nr. 4; hess. AG. z. CPrO. Art. 96; hamb. Vorm.-Ordn. vom 25. Juli 1879 Art. 95, 110; els. Lothr. AG. z. CPr. § 14 Abs. 1.

§ 601.

Die Kosten des Verfahrens sind, wenn die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten, andernfalls von der Staatskasse zu tragen.

Insoweit einen der im § 595 Abs. 1 bezeichneten Antragsteller bei Stellung des Antrags nach dem Ermessen des Gerichts ein Verschulden trifft, können demselben die Kosten ganz oder teilweise zur Last gelegt werden.

KPr. S. 312, 452, 454, 560.

1. Die Vorschriften über Bewilligung des Armenrechts finden entsprechende Anwendung. Nicht dem Antragsteller, wohl aber dem zu Entmündigenden kann das Armenrecht bewilligt werden.

2. Der Charakter des Verfahrens als Offizialverfahren und die Erwägung, daß durch die Gefahr der Kostenüberbürdung mancher berechtigte Antrag zurückgehalten würde (KPr. S. 454), führen dazu, die Kosten im Falle der Abweisung regelmäßig auf die Staatskasse zu übernehmen.

§ 602.

Der über die Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und dem Staatsanwalte von Amtswegen zuzustellen.

KPr. S. 312, 455, 560.

1. Der die Entmündigung ablehnende, wie der sie aussprechende Beschluß ist von Amts-

wegen dem Antragsteller und dem Staatsanwalt bei dem vorgesetzten Landgericht zuzustellen, auch wenn der StA. an dem Verfahren nicht beteiligt war. Das Gleiche gilt von Beschlüssen des Beschwerdegerichts. An den zu Entmündigenden oder Entmündigten werden die Beschlüsse nicht zugestellt (anders § 623).

2. Nach preuß. Verf. v. 27. Nov. 1882 (JMBl. S. 372) hat der Staatsanwalt von dem Beschlusse dem Vorsteher der Irrenanstalt Nachricht zu geben, in welcher der Entmündigte sich befindet.

§ 603.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß ist von Amtswegen der Vormundschaftsbehörde und, wenn eine gesetzliche Vormundschaft stattfindet, auch dem gesetzlichen Vormunde mitzuteilen.

Mit der Mitteilung des Beschlusses an die Vormundschaftsbehörde tritt die Entmündigung in Wirksamkeit.

Mot. S. 373, 374. KPr. S. 312, 452, 455–458, 560.

1. „Der Vormundschaftsbehörde" — vgl. die Citate in Bem. Nr. 3 zu § 600.

2. „Gesetzliche Vormundschaft". — Gesetzlicher Vormund ist, wer durch das Gesetz, ohne daß gerichtliche Ernennung und Bestellung nötig ist, als Vormund berufen wird. Im gemeinen Recht giebt es curatores furiosi in diesem Sinne nicht. Nach l. 7 § 6 C. de curatore furiosi vel prodigi 5, 70 muß auch der nach gesetzlicher Ordnung zur cura Berechtigte obrigkeitlich bestellt werden. [Vgl. Windscheid Pand. II § 446 N. 8.] Gesetzliche tutores über einer pupillus furiosus könnten vorkommen, wenn ein pupillus je entmündigt werden sollte. Gesetzliche Vormünder über Geisteskranke giebt es nach preuß. Vorm.-Ordn. v. 5. Juli 1875 §§ 12, 13, 83 Abs. 1, 95 Abs. 2, nach C. c. art. 390, 402, 403 nach Hamb. Vorm.Ordn. v. 25. Juli 1879 Art. 6–9, 13 [vgl. Daube a. a. O. S. 65].

3. „Mitzuteilen" — d. i. formlos, nicht zuzustellen.

4. Zu Abs. 2: Der Zeitpunkt, von welchem an der Entmündigungsbeschluß wirksam wird, ist nicht der Eintritt der Rechtskraft, sondern die Mitteilung des Beschlusses an die Vormundschaftsbehörde. Die Entwürfe ließen die vorläufige Wirksamkeit mit der Urteilsverkündung eintreten. Diese Bestimmung war nicht brauchbar für ein Verfahren, in welchem eine Verkündung nicht vorkommt. — Wenn der die Entmündigung verfügende Amtsrichter selbst auch der Vormundschaftsrichter (nicht schon, wenn das betreffende Amtsgericht auch Vormundschaftsbehörde) ist, so tritt die Entmündigung mit Erlassung des Beschlusses d. i. mit dem Zeitpunkte in Wirksamkeit, in welchem der Amtsrichter den unterschriebenen Beschluß aus der Hand giebt. Über die Wirkung der Anfechtung s. § 613 Abs. 2.

5. Die Ausführung des Entmündigungsbeschlusses durch Anordnung einer Vormundschaft oder Kuratel ist Sache der vormundschaftlichen Behörde. Die Ausführung betrifft nicht bloß die abstrakte Handlungsfähigkeit, welche Gegenstand der Entscheidung ist, sondern besonders die Verwaltung und Sicherung des dem Beklagten gehörigen Vermögens und die Sorge für dessen eigene Person. Die nötigen Anordnungen sind daher der Vormundschaftsordnung überlassen (Mot. S. 374). Vgl. preuß. Vorm.-Ordn. § 81.

6. Das Entmündigungsgericht hat den Beschluß nicht öffentlich bekannt zu machen. Anders bei Entmündigung wegen Verschwendung: § 627. Ob die Vormundschaftsbehörde den Beschluß öffentlich bekannt zu machen hat, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

7. Wegen der Wirkung der Entmündigung s. Bem. Nr. 4 Abs. 2 vor § 593.

§ 604.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Entmündigung abgelehnt wird, steht dem Antragsteller und dem Staatsanwalte die sofortige Beschwerde zu.

In dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht finden die Vorschriften des § 597 entsprechende Anwendung.

KPr. S. 312, 452, 458, 560.

„Sofortige Beschwerde" — s. § 540. Wird die Beschwerde verworfen, so findet bezüglich der Kosten § 92 Anwendung (KPr. S. 458). Ist der StA. Beschwerdeführer, so fallen die Kosten der Staatskasse zur Last (vgl. GKG. § 98 Abs. 3). Wird der Beschwerde stattgegeben, so fallen die Kosten dem Entmündigten zur Last. [AM. Daude S. 105, welcher die Kosten der Beschwerdeinstanz der Staatskasse überbürdet. Auf Grund welchen Gesetzes?]

§ 605.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß kann im Wege der Klage binnen der Frist eines Monats angefochten werden.

Das Recht zur Erhebung der Klage steht dem Entmündigten selbst, dem Vormunde desselben und den im § 595 bezeichneten Personen zu.

Die Frist beginnt für den Entmündigten mit dem Tage, an welchem er von der Entmündigung Kenntnis erhalten hat, für die übrigen Personen mit der Bestellung des Vormundes und im Falle einer gesetzlichen Vormundschaft mit der Mitteilung des Beschlusses an den gesetzlichen Vormund.

KPr. S. 312, 452, 458—462, 560.

1. Vgl. Bem. Nr. 2 vor § 593 (S. 714).

2. Zu Abs. 1: Die Anfechtungsklage des § 605 verlangt die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses als mit Unrecht erlassen. Sie ist von der Wiederaufhebungsklage des § 620, welche die Beendigung der Entmündigung wegen Aufhörens der sie begründenden Umstände — der Geisteskrankheit (bzw. der Verschwendungssucht) — bezweckt, scharf zu scheiden. Die Anfechtungsklage kann darauf gestützt werden, daß das Gericht, welches die Entmündigung aussprach, unzuständig oder daß kein Antrag eines Antragsberechtigten vorhanden oder daß der Entmündigte zur Zeit der Erlassung des Beschlusses nicht geisteskrank war. Verstöße gegen die Vorschriften über das Verfahren — z. B. Zulassung der Öffentlichkeit, Unterlassung der persönlichen Vernehmung des Entmündigten, Nichtbeeidigung der Sachverständigen — können nicht zur Aufhebung des Beschlusses führen, wenn sich auf Grund der landgerichtlichen Verhandlung die Entmündigung als sachlich gerechtfertigt darstellt. [Vgl. RG. 5. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1095.]

Die Anfechtungsklage ist der einzige Weg, auf welchem eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Entmündigungsbeschlusses verlangt werden kann. Es ist nicht zuläſsig, im Laufe eines anderen Prozesses eine Entscheidung hierüber zu verlangen oder zu geben. Die Rechtmäßigkeit des nicht angefochtenen Entmündigungsbeschlusses kann nicht in Frage gestellt werden.

Für die Klage gelten die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor den Landgerichten mit den aus den §§ 606—612 sich ergebenden Besonderheiten. Über Verzicht auf die Klage vgl. Bem. Nr. 5 zu § 277.

„Frist eines Monats". Die Frist ist nicht Notfrist (arg. § 201 Abs. 3). Daher wird deren Lauf durch die Gerichtsferien nicht gehemmt; Wiedereinsetzung gegen deren Ablauf findet nicht statt. Abkürzung oder Verlängerung durch das Gericht ist unzulässig (arg. § 202

Abs. 2). Abkürzung und Verlängerung durch Vereinbarung ist nicht ausdrücklich ausgeschlossen, aber gleichwohl als unzulässig zu betrachten. Abgesehen davon, daß es zweifelhaft ist, ob vor der Klagerhebung Parteien im Sinne des § 202 vorhanden sind, ist die Anfechtungsfrist im öffentlichen Interesse bestimmt, damit die Rechtskraft des Entmündigungsbeschlusses nicht auf unabsehbare Zeit in der Schwebe bleiben kann. [So auch Struckm. Koch N. 3, Gaupp III S. 63, Daude S. 76. AM. Wilm. Levy N. 2, Petersen S. 860, A. Förster N. 3, Puchelt II S. 451, v. Sarwey II S. 54, Hellmann Komm. II S. 571 u. Lehrb. S. 908.] Aus dem angeführten Grunde ist auch anzunehmen, daß das Gericht von Amtswegen zu prüfen hat, ob die Klage in der gesetzlichen Frist erhoben ist.

3. Zu Abs. 2: Klageberechtigt sind: a) der Entmündigte selbst. Ihm bleibt für diese Klage noch ein Rest von prozessualischer Handlungsfähigkeit, obwohl der Entmündigungsbeschluß schon in Wirksamkeit trat (§ 603 Abs. 2). b) Dem Vormunde des Entmündigten, einerlei ob er vor oder nach der Entmündigung bestellt ist. Die Bestellung eines curator ad hoc, d. i. zur Anfechtung der Entmündigung, ist möglich, aber kaum von praktischer Bedeutung. c) Die in § 595 bezeichneten Personen, auch die durch Abs. 1 Satz des § 595 vom Antrag auf Entmündigung ausgeschlossenen. Es kann sein, daß andere Personen ein vermögensrechtliches Interesse an der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses haben, z. B. Personen, welche mit dem Entmündigten Geschäfte machten; das Gesetz gewährt ihnen deswegen noch kein Anfechtungsrecht. — Das Anfechtungsrecht ist unvererblich, weil es kein Vermögensrecht ist.

4. Zu Abs. 3: a) Der Beginn der Frist für den Entmündigten ist davon abhängig, daß er Kenntnis von der Entmündigung erhält. Ob er soweit wahrnehmungsfähig ist, daß ihm die Entmündigung zur Kenntnis gebracht werden kann, ist eine thatsächliche Frage. Amtliche Mitteilung an den Entmündigten findet nicht statt. Keinesfalls ist der Beginn des Fristenlaufs von dem Nachweise abhängig, daß der Entmündigte imstande gewesen ist, die zu seiner Kenntnis gelangte Thatsache der Entmündigung zu begreifen; denn die Anfechtungsklage des Entmündigten beruht auf der Hypothese, daß er nicht geisteskrank — also imstande war, zu begreifen. [Vgl. Wilm. Levy N. 7, A. Förster N. 5a. AM. KPr. S. 460, Struckm. Koch N. 5, Petersen S. 801, Daude S. 75 u. a.] b) Für alle anderen Anfechtungsberechtigten beginnt die Frist mit der Bestellung des Vormundes (vgl. preuß. Vorm.-Ordn. § 24) und, wenn ein Vormund nicht zu bestellen ist, weil ein gesetzlicher Vormund da ist (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 603), mit der Mitteilung des Beschlusses an diesen. Der Fall, daß der Entmündigte keines Vormundes bedarf, weil er bereits aus anderer Ursache — z. B. Minderjährigkeit — einen Vormund hat oder in väterlicher Gewalt steht, ist im Gesetze übersehen. Die entsprechende Anwendung des Abs. 3 des § 595 führt dazu, die Frist mit der Mitteilung des Beschlusses an den Vormund oder Vater beginnen zu lassen.

5. Daß nach dem Tode des Entmündigten die Anfechtungsklage seitens des Vormundes und des Staatsanwalts nicht mehr erhoben werden kann, ergiebt sich schon daraus, daß der Vormund mit dem Tode seine Vormundsstellung verliert und daß damit dessen Legitimation zur Kläger- wie zur Beklagtenrolle (vgl. § 607 Abs. 2) aufhört. Aber auch dem Ehegatten, den Verwandten und den etwa nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts außerdem Klageberechtigten steht nach dem Tode des Entmündigten die Anfechtungsklage nicht mehr zu; denn diese Klage bezweckt eine neue, in den Formen des Civilprozesses sich abspielende Verhandlung und eine darauf sich gründende zweite Entscheidung über die Frage, ob zu entmündigen sei oder nicht, und diese Entscheidung ist nach dem Tode des Entmündigten ebenso gegenstandslos geworden, wie eine Entscheidung über den Entmündigungsantrag im amtsgerichtlichen Verfahren. Der Entmündigungsbeschluß bleibt in einem solchen Falle in Wirksamkeit, weil er

schon vor Ablauf der Anfechtungsfrist in Wirksamkeit getreten ist (§ 603 Abs. 2). Wäre seine Wirksamkeit von Ablauf der Anfechtungsfrist abhängig, so würde er nicht in die Wirksamkeit treten können, wenn die Frist erst nach dem Tode des Entmündigten abliefe.

Durch den Tod des Entmündigten während des Anfechtungsprozesses wird der Prozeß in der Hauptsache gegenstandslos; es kann nicht mehr darüber entschieden werden, ob der Verstorbene mit Recht oder mit Unrecht entmündigt wurde. Ist die Klage vom Vormund oder vom Staatsanwalt gegen den Vormund erhoben, so hört mit dem Tode des Entmündigten die Legitimation des Vormundes und damit dessen Befähigung zur Parteirolle auf. Hat der Entmündigte selbst geklagt, so kann sein Erbe nicht eintreten, weil das Klagerecht nicht Vermögensrecht ist. Daß er ein vermögensrechtliches Interesse an der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses hat, kann daran nichts ändern; denn nur Vermögensrechte des Erblassers gehen auf den Erben über und nur für vermögensrechtliche Klagen gilt der gemeinrechtliche Satz, daß unvererbliche Klagerechte durch die Klagerhebung vererblich werden. Ist die Klage von dem Ehegatten, einem Verwandten oder einem nach bürgerlichen Recht Klageberechtigten erhoben, so ist die Fortsetzung des Prozesses in der Hauptsache aus den gleichen Gründen für unzulässig zu erachten, aus denen die Erhebung der Klage durch eine dieser Personen nach dem Tode des Entmündigten unzulässig ist (s. Abs. 1). [Vgl. Wilm. Levy N. 4 und 6, Siebenhaar S. 588. AM. Struckm. Koch N. 4, Petersen S. 860, A. Förster N. 6, Puchelt II S. 451, 458, Hellmann Komm. II S. 570 u. Lehrb. S. 908. Die hier sich findende Verweisung auf RG. Entsch. IX S. 127 trifft nicht zu; dort handelte es sich um die Ehenichtigkeitsklage. Überdies ist die Entscheidung nicht unbedenklich.] Nach Erledigung des Prozesses in der Hauptsache ist nur noch Entscheidung über die Kosten möglich.

Fällt der Vormund weg, welcher als Kläger oder Beklagter im Anfechtungsprozeß beteiligt war, so geht der Prozeß auf den Nachfolger in der Vormundschaft über. Stirbt der Ehegatte oder Verwandte, welcher die Klage erhoben hat, so können die Erben den Prozeß nicht fortsetzen (vgl. oben Abs. 2). Der Staatsanwalt kann nicht wegfallen. Eine Personalveränderung in der Staatsanwaltschaft ist für den Prozeß bedeutungslos.

§ 606.

Für die Klage ist das Landgericht, in dessen Bezirke das Amtsgericht seinen Sitz hat, ausschließlich zuständig.

Mot. S. 371, 372. KPr. S. 312, 452, 463, 560.

Sc. das dem in § 594 bezeichneten Amtsgericht übergeordnete Landgericht.

§ 607.

Die Klage ist gegen den Staatsanwalt zu richten.

Erhebt der Staatsanwalt die Klage, so ist dieselbe gegen den Vormund des Entmündigten als Vertreter desselben zu richten.

Hat eine der im § 595 Abs. 1 bezeichneten Personen die Entmündigung beantragt, so ist dieselbe unter Mitteilung der Klage zum Termin zur mündlichen Verhandlung zu laden. Dieselbe gilt im Falle des Beitritts im Sinne des § 59 als Streitgenosse der Hauptpartei.

Mot. S. 374. KPr. S. 312, 452, 463, 560.

1. Zu Abs. 1: „Gegen den Staatsanwalt" — sc. den StA. bei dem im § 606 bezeichneten Landgericht. Die Stellung des StA. als Beklagter bedingt nicht, daß er den Antrag des Anfechtungsklägers bekämpfe. Er kann dessen Berechtigung anerkennen; dadurch

wird er nicht Gegenpartei des ihm nach Abs. 3 des § 607 als Streitgenosse Beigetretenen. [Vgl. RG. 8. Mai 1885 Entsch. XIII Nr. 120 S. 432.]

2. Zu Abs. 2: Da die Frist zur Klagestellung nach § 605 Abs. 3 erst von der Vormundschaftsbestellung läuft, so kann der Gegner nicht fehlen.

3. Zu Abs. 3: Die Ladung ist Sache des Klägers. Daß diese Ladung innerhalb der einmonatigen Frist geschehe, ist nicht vorgeschrieben. Die Ladung ist notwendig. Unterblieb sie, so muß die Verhandlung von Amtswegen vertagt werden. — Der Antragsteller kann auch ohne Ladung beitreten. Die Beitrittserklärung kann mündlich in der Verhandlung erfolgen. Zweifelhaft, ob auch durch Zustellung eines Schriftsatzes nach Analogie des § 67; der Beitritt ist nicht Nebenintervention, der Beitretende ist Hauptpartei; er wird wirklcher Streitgenosse des Beklagten. — Über Zustellung der Rechtsmittelschriftsätze an den StA. vgl. Bem. Nr. 2 zu § 164.

§ 608.

Mit der die Entmündigung anfechtenden Klage kann eine andere Klage nicht verbunden werden.

Eine Widerklage ist unzulässig.

Mot. S. 372. KPr. S. 312, 452, 463, 560.

Vgl. die §§ 575 Abs. 2 und 587.

§ 609.

Will der Entmündigte die Klage erheben, so ist ihm auf seinen Antrag von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ein Rechtsanwalt als Vertreter beizuordnen.

Mot. S. 372. KPr. S. 312, 452, 463, 560. Prot. der 163. Sitz. Anl. C.

1. Der Entmündigte selbst kann ohne Mitwirkung seines Vormundes nach § 605 Abs. 2 die Anfechtungsklage erheben (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 605). Vermöge des Restes von prozessualischer Handlungsfähigkeit kann er selbst einen Anwalt wählen und die Prozeßvollmacht gültig ausstellen, auch wird er dem Anwalte zur Bezahlung der Gebühren verpflichtet. Er ist der Staatskasse gegenüber gebührenpflichtig und dem Prozeßgegner gegenüber berechtigt und verpflichtet bezüglich der Kosten des Prozesses.

2. Für den Antrag auf Beiordnung eines Anwalts ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Die Beiordnung erfolgt ohne causae cognitio; sie darf nicht versagt werden. Gegen Abweisung stände Beschwerde zu. Die Bestellung ist gebührenfrei GKG. § 47 Nr. 9 (vgl. aber GO. f. RA. § 23 Nr. 1). Der beigeordnete Anwalt kann von dem Entmündigten die gesetzlichen Gebühren verlangen, sofern nicht das Armenrecht bewilligt ist. Von der Zahlung eines Vorschusses kann der beigeordnete RA. die Übernahme der Vertretung nicht abhängig machen; denn RAO. § 38 bezieht sich nicht auf § 609. Vertragsmäßige Festsetzung der Gebühren des beigeordneten Anwalts ist durch GO. f. RA. § 93 ausgeschlossen. Der beigeordnete Anwalt hat auf Verlangen des Gegners Vollmacht beizubringen (vgl. § 84 Abs. 1).

§ 610.

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien die Ergebnisse der bei dem Amtsgerichte stattgehabten Sachuntersuchung, soweit es zur Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses erforderlich ist, vollständig vorzutragen.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung, nötigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen.

KPr. S. 452, 463, 560.

1. Vgl. § 258 Abs. 2 und Bem. Nr. 4 dazu; dann § 488 nebst den Bemerkungen. Die Akten des Amtsgerichts müssen eingefordert werden [vgl. Daude S. 73].

2. Der Amtsrichter, welcher die Entmündigung beschloß, und die Mitglieder des Landgerichts, welche bei der in der Beschwerdeinstanz erfolgten Entmündigung mitwirkten, sind von der Entscheidung über die Anfechtungsklage nicht ausgeschlossen; § 41 Nr. 6 trifft nicht zu. Ein Antrag, sie auszuschließen, wurde in der JK. d. RT. abgelehnt (KPr. S. 463). Gleichwohl empfiehlt es sich, solche Richter nicht zuzuziehen. Sie könnten auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

§ 611.

Die Vorschriften der §§ 577, 578 finden entsprechende Anwendung.

Der Parteieid ist ausgeschlossen.

Mot. S. 373. KPr. S. 452, 463, 560.

1. Zu Abs. 1: Obwohl § 577 Abs. 2 in seiner jetzigen Fassung auf das Entm.-Verf. nicht paßt, sind Editionsanträge — und zwar ganz und gar — ausgeschlossen. In dem dem § 577 entsprechenden § 554 des Entw. III waren auch für den Eheprozeß alle Editionsanträge für unzulässig erklärt. Auf diesen § 554 verwies der Entw. III in § 574, aus dem § 611 hervorgegangen ist. Abgesehen hiervon paßt das auf Verweigerung des Editionseides gesetzte Präjudiz nicht für das Entm.-Verf. Gegenstandslos ist die Vorschrift des § 577 Abs. 1 über Erlassung von Eiden, des § 577 Abs. 2 über Eideszuschiebung, sowie des § 578 Abs. 4, sofern daselbst ein Versäumnisurteil aus § 430 zugelassen ist, denn durch § 611 Abs. 2 ist jede Eidesauflage beseitigt. Über die Behandlung der Versäumnis vgl. die Bemerkungen Nr. 1 bis 4, 6, 7 zu § 578.

2. Zu Abs. 2: „Parteieid" — zugeschobener Eid, richterlicher Eid und Eid zur Glaubhaftmachung.

§ 612.

Die Bestimmungen der §§ 598, 599 finden in dem Verfahren über die Anfechtungsklage entsprechende Anwendung.

Von der Vernehmung Sachverständiger darf das Gericht Abstand nehmen, wenn es das vor dem Amtsgericht abgegebene Gutachten für genügend erachtet.

Mot. S. 373. KPr. S. 452, 453, 463, 464, 560.

1. Vgl. die Bemerkungen zu den §§ 598, 599. — Wegen Ausschließung der Öffentlichkeit s. Bem. Nr. 3 vor § 593. Die Vernehmung des Entmündigten kann einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen werden.

2. Abs. 2 enthält nur eine Ausnahme von § 599, nicht von dem Gebot der Zuziehung von Sachverständigen zur Vernehmung (§ 598 Abs. 1).

§ 613.

Wird die Anfechtungsklage für begründet erachtet, so ist der die Entmündigung aussprechende Beschluß aufzuheben. Die Aufhebung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils in Wirksamkeit. Auf Antrag können jedoch zum

Schutze der Person oder des Vermögens des Entmündigten einstweilige Verfügungen nach Maßgabe der §§ 815—822 getroffen werden.

Die Aufhebung hat zur Folge, daß die Gültigkeit der bisherigen Handlungen des Entmündigten auf Grund des Beschlusses, welcher die Entmündigung ausgesprochen hatte, nicht in Frage gestellt werden kann. Auf die Gültigkeit der bisherigen Handlungen des bestellten oder gesetzlichen Vormundes hat die Aufhebung keinen Einfluß.

KPr. S. 455—462, 464, 560, 561.

1. Zu Abs. 1: Über Begründung der Anfechtungsklage s. Bem. Nr. 2 zu § 605. — Die nach § 603 Abs. 2 eingetretene Wirkung des Entm.-Beschlusses dauert fort bis zur Rechtskraft (§ 645) des Urteils. Das Urteil kann nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. — Die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen schließt nicht aus, daß die Vormundschaftsbehörde die erforderlichen Anordnungen treffe [Daube a. a. O. S. 86].

2. Zu Abs. 2: Wird der Entm.-Beschluß zufolge Anfechtungsklage aufgehoben, so steht fest, daß die Entmündigung nicht gerechtfertigt war. Nun war aber die Entmündigung nach § 603 Abs. 3 schon in Wirksamkeit getreten, und es entsteht die Frage, ob die Aufhebung ex nunc, d. h. von der Rechtskraft des Urteils an, oder ex tunc, d. h. so wirkt, als ob der Entm.-Beschluß niemals erlassen worden wäre. Nach § 613 Abs. 2 ist zu unterscheiden zwischen Handlungen des Entmündigten und Handlungen des Vormundes. Die Gültigkeit der ersteren kann nicht mehr auf Grund des Entm.-Beschlusses in Frage gestellt werden; das Aufhebungsurteil wirkt in dieser Richtung ex tunc. Ob die Gültigkeit dieser Handlungen aus anderen Gründen als auf Grund des Beschlusses in Frage gestellt werden kann, ist eine andere Frage. Umgekehrt werden die Handlungen des Vormunds von der Aufhebung nicht in ihrer rechtlichen Gültigkeit beeinträchtigt; das Aufhebungsurteil wirkt in dieser Beziehung ex nunc. Die in Vertretung des Entmündigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind sonach für den Entmündigten wirksam, wie wenn er sie selbst vorgenommen hätte. Diese Sätze enthalten materielles Recht. Dieselben wurden in die CPrO. eingefügt, weil die Anfechtungsklage des § 605 den bestehenden Civilrechten unbekannt ist.

Andere Wirkung als die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses hat die Aufhebung der Entmündigung nach §§ 616, 620. Vgl. Bem. Nr. 3 litt. c zu § 620.

§ 614.

Unterliegt der Staatsanwalt, so ist die Staatskasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachsenen Kosten in Gemäßheit der Bestimmungen des fünften Titels des zweiten Abschnitts des ersten Buchs zu verurteilen.

Ist die Klage von dem Staatsanwalt erhoben, so hat die Staatskasse in allen Fällen die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Mot. S. 373. KPr. S. 453, 464, 561.

1. Zu Abs. 1: Sind dem StA. Streitgenossen beigetreten, so ist § 95 anwendbar. Siegt der StA. als Beklagter ob, so ist der Gegner in die Kosten zu verurteilen.

2. Zu Abs. 2: Auch dem Abs. 2 gegenüber ist der § 92 als die besondere Vorschrift anwendbar, wenn ein vom Beklagten eingelegtes Rechtsmittel verworfen wird.

§ 615.

Das Prozeßgericht hat der Vormundschaftsbehörde und dem Amtsgerichte von jedem in der Sache erlassenen Endurteile Mitteilung zu machen.

Mot. S. 373, 374. KPr. S. 453, 464, 561.

„Prozeßgericht" — sc. in jeder Instanz. — „Vormundschaftsbehörde" — vgl. Bem. Nr. 3 zu § 600. — „Von jedem Endurteil" — nicht erst von dem rechtskräftigen Endurteil. — „Mitteilung" sc. formlos. — Das Amtsgericht, welches die Entmündigung beschlossen hatte, hat das Endurteil zu seinen Akten zu nehmen. Welche Thätigkeit das Vormundschaftsgericht zu entfalten hat, bemißt sich nach Landesrecht.

§ 616.

Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt auf Antrag des Entmündigten oder seines Vormundes oder des Staatsanwalts durch Beschluß des Amtsgerichts.

Mot. S. 374. KPr. S. 453, 464, 561.

1. Die Wiederaufhebung der Entmündigung durch Beschluß (§ 616) und durch Urteil (§ 620) spricht nicht — wie die Aufhebung des Beschlusses nach § 613 — die Ungültigkeit der Entmündigung aus, sondern erklärt die Entmündigung wegen Aufhörens des Entmündigungsgrundes für beendigt.

2. Berechtigt zum Antrage auf Wiederaufhebung sind der Entmündigte selbst, sein Vormund und der Staatsanwalt bei dem Landgericht, welches dem Amtsgericht vorgesetzt ist; nicht die übrigen in § 595 genannten Personen. Auf die Zurückziehung des Antrags findet Bem. Nr. 3 zu § 593 entsprechende Anwendung.

3. „Durch Beschluß des Amtsgerichts" — s. Bem. Nr. 2 zu § 593.

4. Nach dem Tode des Entmündigten ist weder ein Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung noch eine Wiederaufhebungsklage (§ 620) möglich.

5. Die Vorschriften der CPrO. über Wiederaufhebung der Entmündigung beziehen sich auch auf die von der CPrO. ausgesprochenen Entmündigungen; denn mit der rechtskräftigen Entmündigung war das frühere Verfahren zu Ende. Vgl. württ. AG. z. CPrO. Art. 40, hess. AG. z. CPrO. Art. 85.

§ 617.

Für die Wiederaufhebung der Entmündigung ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Entmündigte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Ist der Entmündigte ein Deutscher und hat er seinen Wohnsitz nur im Auslande, so kann der Antrag bei dem Amtsgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche gestellt werden, sofern die Entmündigung von einem deutschen Gerichte ausgesprochen ist.

Die Bestimmungen der §§ 596—599 finden entsprechende Anwendung.

Mot. S. 374. KPr. S. 312, 313, 453, 464, 561.

1. Zu Abs. 1 — vgl. §§ 12—18, 40, 594 Abs. 1.

2. Zu Abs. 2 — vgl. §§ 568 Abs. 2, 594 Abs. 2.

3. Zu Abs. 3 — Die entsprechende Anwendung des § 599 ergiebt, daß ohne Sachverständigenvernehmung die Wiederaufhebung nicht beschlossen werden kann. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Petersen S. 870, A. Förster N. 3, v. Sarwey II S. 53, Hellmann Komm. II S. 578 u. Lehrb. S. 911, Daude S. 94. AM. Kleiner II S. 731, Gaupp III S. 75, Endemann III S. 65, welche auch die Zurückweisung des Antrags nur nach Vernehm. e. Sachverst. gestatten.]

§ 618.

Die Kosten des Verfahrens sind von dem Entmündigten, wenn das Verfahren von dem Staatsanwalt ohne Erfolg beantragt ist, von der Staatskasse zu tragen.

KPr. S. 453, 464, 561.

Wegen des Armenrechts s. Bem. Nr. 1 zu § 601.

§ 619.

Der über die Wiederaufhebung der Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und im Falle der Wiederaufhebung dem Entmündigten sowie dem Staatsanwalte von Amtswegen zuzustellen.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Entmündigung aufgehoben wird, steht dem Staatsanwalte die sofortige Beschwerde zu.

Die rechtskräftig erfolgte Wiederaufhebung ist der Vormundschaftsbehörde mitzuteilen.

KPr. S. 453, 464, 561, 712, 713.

Der den Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung abweisende Beschluß ist nur dem Antragsteller zuzustellen. Beschwerde dagegen findet nicht statt. Der die Wiederaufhebung aussprechende Beschluß ist dem Antragsteller, dem Entmündigten und dem StA. zuzustellen. Nur der StA. hat die sofortige Beschwerde (§ 540). Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung (§ 535). Die Wirksamkeit des Wiederaufhebungsbeschlusses, d. i. die Beseitigung der materiellrechtlichen Wirkungen der Entmündigung, beginnt erst mit der Rechtskraft (arg. a contr. § 603 Abs. 2). Die Rechtskraft tritt ein, wenn die Beschwerdefrist (§ 540) abgelaufen oder die Beschwerde rechtskräftig verworfen ist. Erst dann wird der Wiederaufhebungsbeschluß der Vormundschaftsbehörde mitgeteilt.

§ 620.

Wird der Antrag auf Wiederaufhebung von dem Amtsgerichte abgelehnt, so kann dieselbe im Wege der Klage beantragt werden.

Zur Erhebung der Klage ist der dem Entmündigten bestellte Vormund und der Staatsanwalt befugt.

Will der Vormund die Klage nicht erheben, so kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als Vertreter beiordnen.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 606—615 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 374. KPr. S. 313, 453, 464, 465, 561. Prot. der 163. Sitz. Anl. C.

1. Zu Abs. 1: Für die Klage ist keine Frist gesetzt.

2. Zu Abs. 2 und 3: Der Entmündigte ist nicht, wie nach § 605 Abs. 2, selbst zur Erhebung der Klage befugt, kann sich daher nicht selbst einen Anwalt bestellen. Will jedoch der Vormund die Klage nicht erheben, so kann sich der Entmündigte an den Vorsitzenden des Prozeßgerichts (nicht den Vorstand des Gerichts) wenden und von diesem die Beiordnung eines Rechtsanwalts erbitten. Für dieses Gesuch ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Der Vorsitzende ist nicht, wie im Falle des § 609, zur Beiordnung genötigt, sondern kann das Gesuch abweisen. Dagegen ist Beschwerde statthaft. [AM. Kleiner II S. 735, Hellmann Komm. II S. 579 und Lehrb. S. 912 aus ganz unstichhaltigen Gründen: § 530 bezieht sich

auch auf ein einzuleitendes Verfahren, und die Prozeßfähigkeit zur Beschwerde folgt aus der Fähigkeit zum Antrag auf Beiordnung. Vgl. Wilm. Levy N. 3 und Wach I S. 539 N. 21.] — Der beigeordnete Anwalt ist gleich einem curator ad hoc für den Entmündigten. Derselbe hat Anspruch auf die gesetzlichen Gebühren, wenn dem Entmündigten nicht das Armenrecht bewilligt ist. Derselbe bedarf keiner Vollmacht; seine Legitimation liegt in der Beiordnung. [So auch Daube a. a. O. S. 99.] — § 38 der RAO. ist nicht anwendbar.

3. Zu Abs. 4: Die Klage des Vormundes und die des beigeordneten Anwalts ist gegen den StA. zu richten, die des StA. gegen den Vormund (arg. § 607 Abs. 1 und 2; KPr. S. 464 f.). Die Personen, welche s. Z. die Entmündigung beantragt hatten, sind beizuladen (arg. § 607 Abs. 2). § 609 ist nicht anwendbar, er ist durch § 620 Abs. 2 ersetzt. § 613 Abs. 2 ist nicht anwendbar; derselbe paßt nur auf die Anfechtungsklage des § 605.

§ 621.

Eine Person kann für einen Verschwender nur durch Beschluß des Amtsgerichts erklärt werden.

Der Beschluß wird nur auf Antrag erlassen.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 594, 595 Abs. 1, der §§ 596, 597 Abs. 1, 4 und des § 604 entsprechende Anwendung.

Eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft findet nicht statt.

Mot. S. 309—372. KPr. S 453, 465, 466, 561.

1. Litteratur s. Bem. Nr. 1 vor § 593. — Die Voraussetzungen, unter denen jemand für einen Verschwender erklärt werden kann, sowie die Wirkungen der Entmündigung wegen Verschwendung bleiben unberührt. Für das gem. Recht vgl. l. 1 pr. D. de cur fur 27, 10; § 3 I. de cur. 1, 23; l. 1 C. de cur. fur. 5, 70; Paul. S. R. III 4a § 7 und Windscheid I § 71 Nr. 5; für das preuß. Recht ALR. II 18 §§ 349, 350, I 1 § 31, I 12 §§ 27 ff., I 5 §§ 15, 16 und Dernburg Pr. PrR. I § 76; — für das bayer. LR. Cod. Max. Bav. I c. 7 § 37 Nr. 2; für das sächs. Recht: BGB. § 1987 und Kgl. Sächs. Ges. v. 20. Febr. 1882 betr. die Entmündigung ꝛc.; für das württ. Recht: Württ. Land.-Ordn. v. 1567 und 1621 Tit. 46 §§ 1—4. Wegen des französischen und des badischen Rechts s. Bem. zu § 10 des EG. Vgl. a. RGEntsch. VII S. 349 und Entw. e. b. GB. §§ 29 u. 70. Ist nach dem materiellen Recht eine Entmündigung wegen Verschwendung nicht zulässig, so wird sie durch die CPrO. nicht eingeführt. — Landesgesetzliche Bestimmungen über das Entmündigungsverfahren sind beseitigt. Ob Landesgesetze, welche die Ermahnung zur Besserung vor der Entmündigung anordnen (z. B. Cod. Max. Bav. a. a. O., andere bay. Part. Rechte s. Bl. f. RA. LII S. 19), eine materiellrechtliche Voraussetzung der Entmündigung anordnen, in welchem Fall sie durch die CPrO. nicht berührt würden, oder zum Entm.-Verfahren gehören und daher aufgehoben sind, ist zweifelhaft. Man wird die Ermahnung als eine dem Sühneversuch vor der Klage vergleichbare Vorstufe des Entm.-Verfahrens zu betrachten haben, welche durch Nichterwähnung in der CPrO. beseitigt ist. [Vgl. v. Amsberg KPr. S. 465 f., Struckm. Koch N. 3, Gaupp II S. 79, Siebenhaar S. 593, Endemann III S. 69, Daube S. 119, Mandry S. 96 N. 4, Utting Bl. f. RA. LII S. 18 ff., 35 ff. AM. Petersen S. 873, Puchelt II S. 461, v. Sarwey II S. 66, Hellmann Komm. II S. 580 f. u. Lehrb. S. 913, bay. o. LG. SA. XXXVIII Nr. 138.] Das Württ. AG. z. CPrO. § 17 hat die betr. Bestimmungen aufgehoben.

2. Zu Abs. 1 und 2: Vgl. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 593.

3. Zu Abs. 3: Antragsberechtigt sind die in § 595 Abs. 1 genannten Personen. Wegen Antragsberechtigung nach bürgerlichem Recht s. bayr. Ges. v. 27. Apr. 1869 über öffentl. Armen- und Krankenpflege § 36 Abs. 4 (Armenpflegschaftsrat ist antragsberechtigt), bayr. AG. z. CPrO. Art. 144, 145; sachs.-Weim. AG. z. CPrO. § 6; sachs.-Alt. AG. z. CPrO. § 9; sachs.-Cob. AG. z. CPrO. § 7; reuß ä. L. AG. z. CPrO. § 21; reuß. j. L. AG. z. CPrO. § 7; schwarzb.-Rud. AG. z. CPrO. § 5; schwarzb.Sond. AG. z. CPrO. § 5; lipp. AG. z. CPrO. § 8 [die Gültigkeit dieses Gesetzes, welches den Gemeindevorstand des Orts, wo der Versichw. s. Unterst.-Wohns. hat, für antragsberechtigt erklärt, ist anerkannt v. RG. 30. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 105 S. 347. Vgl. a. Ztschr. f. d. CPr. VI S. 47]. — Da § 598 nicht angeführt ist, so ist die persönliche Vernehmung des zu Entmündigenden nicht geboten [vgl. Bl. f. RA. XLVII S. 210. AM. Utting eod. LII S. 161 ff.]; natürlich ist sie zulässig und ratsam.

Aus § 604 entfällt das Beschwerderecht des StA.

§ 622.

Die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens sind, wenn die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten, anderenfalls von dem Antragsteller zu tragen.

KPr. S. 453, 466, 467, 561.

Wegen Bewilligung des Armenrechts s. Bem. Nr. 1 zu § 601.

§ 623.

Der über die Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und dem zu Entmündigenden von Amtswegen zuzustellen.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß tritt mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit. Der Vormundschaftsbehörde ist ein solcher Beschluß von Amtswegen mitzuteilen.

Mot. S. 373, 374. KPr. S. 453, 467, 561.

1. Zu Abs. 1: Vgl. §§ 602, 603.

2. Zu Abs. 2: Wie verhält sich die Vorschrift, daß der Beschluß mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit tritt, zu Landesgesetzen, welche, wie das preuß. ALR. I 5 § 15, die Wirksamkeit der Entmündigung mit der öffentlichen Bekanntmachung eintreten lassen? Gewiß kann die öffentliche Bekanntmachung vor der Zustellung an den Entmündigten die Wirksamkeit der Entmündigung nicht herbeiführen. Aber nicht zweifellos ist, ob die Entmündigung durch die Zustellung an den Entmündigten allein oder erst durch die zur Zustellung hinzutretende Veröffentlichung in Wirksamkeit tritt. Unmöglich ist die Auslegung nicht, daß Abs. 2 des § 623 nur den Zeitpunkt bezeichne, mit welchem der Entmündigungsbeschluß frühestens wirksam wird. Aber diese Auslegung liegt immerhin abseits im Vergleich zu der natürlichen, daß das Gesetz ohne Rücksicht darauf, was die Landesgesetze verordnen, den Zeitpunkt, mit welchem die Entmündigung in Wirksamkeit tritt, einheitlich bestimmen wollte. [So auch Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 3, v. Bülow N. 1, Endemann III S. 70, Mandry S. 97 N. 9, Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 322, Koeßler eod. XXX S. 571 ff., Utting Bl. f. RA. LIII S. 49 ff., OLG. Hamm Ztschr. f. d. CPr. VII S. 546. AM. Struckm. Koch N. 2, Gaupp III S. 81, Petersen S. 875, v. Sarwey II S. 67, Kleiner II S. 736, Hellmann Komm. II S. 581, Daude S. 131, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 26 N. 6. Zweifelnd Dernburg pr. PrR. I § 77 N. 14.]

§ 624.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß kann binnen der Frist eines Monats von dem Entmündigten im Wege der Klage angefochten werden.

Die Frist beginnt mit der Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten.

Die Klage ist gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte, falls aber dieser verstorben, oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 606, 608, 610, 611, 613—615 entsprechende Anwendung.

KPr. S. 453, 467, 561.

§ 624 Abs. 1 entspricht § 605 Abs. 1 und 2; § 624 Abs. 2 dem § 605 Abs. 3. — Die Vorschriften über Beiordnung eines Rechtsanwalts (§ 609), über Vernehmung des Entmündigten und Zuziehung von Sachverständigen (§ 612) sind hier nicht anwendbar.

§ 625.

Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt auf Antrag des Entmündigten oder seines Vormundes unter entsprechender Anwendung der Vorschriften der §§ 616—619.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die Entmündigung aufgehoben wird, findet nicht statt.

KPr. S. 454, 467, 561, 713.

§ 626.

Wird der Antrag auf Wiederaufhebung von dem Amtsgericht abgelehnt, so kann dieselbe im Wege der Klage beantragt werden.

Zur Erhebung der Klage ist der Vormund des Entmündigten befugt. Will dieser die Klage nicht erheben, so kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als Vertreter beiordnen.

Die Klage ist gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte, falls aber dieser verstorben, oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 606, 608, 610, 611, 614, 615 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 374. KPr. S. 454, 467, 468, 561, 713.

1. § 626 entspricht dem § 620. Der Unterschied zwischen § 626 und § 620 besteht in folgendem: zur Erhebung der Klage ist im Falle des § 626 der Staatsanwalt nicht befugt. Die Klage des Vormundes und die eventuelle Klage des dem Entmündigten beigeordneten Anwalts ist primär nicht gegen den Staatsanwalt, sondern gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hat, zu richten. Nur subsidiär wird der Staatsanwalt als Beklagter herangezogen.

2. Zu Abs. 1 vgl. Bem. Nr. 1 zu 620. — Auf Abs. 2 findet Bem. Nr. 2 zu § 620 entsprechende Anwendung. — Abs. 3 stimmt mit § 624 Abs. 3 überein. — Abs. 4 ist mit Ausschluß des § 613 dem § 624 Abs. 4 gleich.

3. Stirbt der als Antragsteller Beklagte, so wird das Verfahren unterbrochen (§ 217).

§ 223 ist nicht anwendbar. Das Verfahren kann vom Staatsanwalt aufgenommen werden; dieser ist zur Aufnahme zu laden. [Vgl. OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 404 ff.]

§ 627.

Die Entmündigung einer Person wegen Verschwendung, sowie die Wiederaufhebung einer solchen Entmündigung ist von dem Amtsgerichte öffentlich bekannt zu machen.

KPr. S. 467, 468, 561.

Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 623. In welcher Weise die Bekanntmachung zu geschehen hat, ist im Gesetz nicht bestimmt. Wo landesgesetzliche Bestimmungen nicht bestehen, ist die Art und Weise der Bekanntmachung dem Ermessen des Amtsgerichts überlassen.

Siebentes Buch.

Mahnverfahren.

1. Über die geschichtliche Entwickelung des Mandatsprozesses und dessen Gestaltung nach gem. Recht s. Mittermaier summ. Prozesse S. 191 ff., Bayer summ. Prozesse § 7 ff., vgl. a. Schmid Handb. III §§ 200 ff., — Über neuere partikularrechtliche Gestaltungen des Verfahrens vgl. die Mot. S. 375 f. Das Verfahren ist dem franz. Prozeßrechte unbekannt. — Litteratur zum Mahnverfahren der CPrO.: Goldenring das Mahnverfahren Ztschr. f. d. CPr. I S. 449 ff., Drechsler Arch. f. c. Pr. LXIII S. 419 f., Meyer der Zahlungsbefehl (Berlin 1879), Hellmann Lehrb. S. 924 ff.

2. Das Mahnverfahren der CPrO. steht in historischem Zusammenhang mit dem Mandatsprozesse des gem. Rechts, weicht aber von dem letztern vielfach ab. Der Zahlungsbefehl ist dem mandatum cum clausula nachgebildet. Das gemeinrechtliche mandatum sine clausula ist durch die einstweilige Verfügung ersetzt. Das Mahnverfahren der CPrO. fällt unter den Begriff „außerordentliches Verfahren" [Drechsler Ztschr. f. d. CPr. I S. 208 f., Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 136, Wach I S. 46]; gehört aber nicht unter die summarischen Kognitionen (s. Bem. Nr. 1 vor § 555).

Das Verfahren ist berechnet auf die zahlreichen Fälle, in denen ein Gläubiger genötigt ist, das Gericht anzugehen, um sich einen vollstreckbaren Titel für eine nicht bestrittene Forderung zu verschaffen. Ohne Bescheinigung des Anspruchs und ohne weitere prozessualische Voraussetzung als Qualifikation des Anspruchs nach § 628 kann jeder Gläubiger einen bedingten Zahlungsbefehl erhalten. Den Zahlungsbefehl kann der Schuldner durch Anmeldung des Widerspruchs ohne Angabe eines Grundes wirkungslos machen und dadurch das außerordentliche Verfahren beendigen. Wird aber Widerspruch nicht erhoben, so kann der Gläubiger nach Ablauf der im Zahlungsbefehl gesetzten zweiwöchigen Frist den Vollstreckungsbefehl beantragen. Der Vollstreckungsbefehl steht in seinen Wirkungen einem auf Versäumnis erlassenen Endurteile gleich, ist kraft Gesetzes vorläufig vollstreckbar, unterliegt aber dem Einspruche (§§ 639, 640).

Das Mahnverfahren ist für keine Art von Ansprüchen obligatorisch. Der Gläubiger hat die Wahl zwischen dem Mahn- und dem ordentlichen Verfahren. Die Motive S. 379 enthalten folgende Bemerkung:

> „Schließlich regen Erfahrungen aus Bayern und Württemberg die Frage an, ob sich eine Vorschrift empfiehlt, welche dem Gläubiger den Mehraufwand an Kosten zur Last legt, wenn er oder sein Vertreter zur Erzielung höherer Gebühren eine Sache im ordentlichen Verfahren anhängig macht, welche nach freiem Ermessen des Gerichts als unstreitig durch Zahlungsbefehl hätte erledigt werden können. Der Entwurf hat davon Abstand genommen, indem er dem Gläubiger ein volles und unbeschränktes Recht, die Prozedur zu wählen, beimißt, die Schwierigkeiten einer Prüfung ex post für groß und nötigenfalls die Bestimmung

des § 85 (jetzt 87) für ausreichend erachtet. Ausschreitungen der berührten Art wird im Disziplinarweg entgegenzutreten sein.“

In der That bietet die Befugnis, nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob gewisse Kosten des Rechtsstreits zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren, eine Handhabe, um die Mehrkosten, welche durch die Wahl des ordentlichen statt des Mahnverfahrens erwachsen sind, von den vom Gegner zu erstattenden Kosten auszuschließen; das Gesetz ist weit genug gefaßt, um jene Prüfung auch auf die Frage, ob nicht eine unnötig kostspielige Prozeßart gewählt ist, zu erstrecken. Auch gegenüber dem Mandanten kann dem Anwalt nach Umständen die Mehrgebühr gestrichen werden, wenn jener nicht den ordentlichen Prozeß verlangte. Allerdings kann nicht schon deswegen, weil das Verfahren im ordentlichen Prozeß zu einem Versäumnisurteil gegen den Beklagten führte, angenommen werden, daß das Mahnverfahren hätte angewendet werden sollen; aber es sind Fälle denkbar — z. B. die Einklagung einer Zinsrate, nachdem frühere Raten stets ohne Streit gezahlt wurden —, in denen die Wahl des ordentlichen Prozesses ganz offenbar unnötige Kosten verursacht. Auch die ehrengerichtliche Bestrafung des Anwalts ist nicht unmöglich, wenn sich derartige Fälle wiederholen. [Vgl. Struckm. Koch N. 2 zu § 628, Gaupp II S. 88, A. Förster N. 2 zu § 628. AM. Wilm. Levy N. 3 zu § 628, Goldenring a. a. O. S. 454 und die früheren Aufl.]

Das Mahnverfahren ist für alle Arten vermögensrechtlicher Ansprüche, soweit sie auf ein bestimmtes Zahlen oder dem gleichstehendes Leisten gerichtet sind, ohne Rücksicht auf den Wert des Anspruchs oder die Natur des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zugelassen. Die Kosten des Mahnverfahrens können dem Gläubiger, welcher nach erhobenem Widerspruche obsiegt, niemals als unnötige überbürdet werden, selbst wenn der Anspruch bereits außergerichtlich bestritten war.

Die Zustellungen im Mahnverfahren unterliegen den Regeln der §§ 152 ff. Eine Verhandlung im Sinne des § 119 findet nicht statt.

Die §§ 628—643 setzen die Einführung eines Mahnregisters voraus. Dasselbe bildet die Gerichtsakten über sämtliche Mahnverfahren bei dem Gerichte; die gerichtlichen Verfügungen konzentrieren sich auf das dem Gläubiger zuzufertigende Original des Zahlungsbefehls. Die erforderlichen Anordnungen rein geschäftlicher Natur in betreff der Einrichtung des Mahnregisters sind Sache der Justizverwaltung. Für Preußen s. Gesch.-Ordn. f. die Gerichtsschr. d. Amtsger. § 22 und das Formular N. 5 (JMBl. 1879 Anl. I zu Nr. 32).

3. Auf das Mahnverfahren haben die Gerichtsferien keinen Einfluß (GVG. § 204).

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 37 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881 ($^2/_{10}$ für Entscheidung über das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls und $^2/_{10}$ für Entscheidung über das Gesuch um Erlassung des Vollstreckungsbefehls); ferner GO. f. RA. § 38.

§ 628.

Wegen eines Anspruchs, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, ist auf Gesuch des Gläubigers ein bedingter Zahlungsbefehl zu erlassen.

Das Mahnverfahren findet nicht statt, wenn nach Inhalt des Gesuchs die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig ist oder wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte.

Mot. S. 375—381. KPr. S. 315—319, 561.

1. Zu Abs. 1: „Anspruch, welcher — zum Gegenstande hat." Die Bem. Nr. 1 litt. a bis c zu § 555 findet hierher entsprechende Anwendung. Auch Ansprüche auf alternative Leistungen eignen sich unter der in Bem. Nr. 1 litt. b zu § 555 erwähnten Voraussetzung zum Mahnverfahren. Ebenso hypothekarische Ansprüche gegen den Besitzer, wenn nach dem betr. Hypothekenrecht die Klage auf Zahlung geht; darüber s. die cit. Bem. zu § 555. Die Androhung der Zwangsvollstreckung und später die Vollstreckbarkeitserklärung ist dem Objekte nach auf das verpfändete Grundstück zu beschränken. [So auch norbd. Prot. S. 1196, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Petersen S. 881. AM. Goldenring Ztschr. f. d. CPr. I S. 461.]

2. Zu Abs. 2: „Wenn — abhängig ist." Hierdurch ist die in Bem. Nr. 1 litt. d zu § 555 in bezug auf den Urkundenprozeß erörterte Streitfrage für das Mahnverfahren dahin entschieden, daß Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen auf „Leistung Zug um Zug" sich nicht zum Mahnverfahren eignen (vgl. norbd. Prot. S. 1196, 1254). Ein Anspruch aus einem zweiseitigen Vertrage kann also im Mahnverfahren nur geltend gemacht werden, wenn entweder in dem Zahlungsbefehle die Vorleistung seitens des Klägers behauptet ist oder wenn nach der Darstellung des Klägers der Beklagte seinerseits mit der Leistung an den Kläger voranzugehen hat, z. B. wenn der Kläger behauptet, Wertpapiere gegen Zahlung drei Monate nach Lieferung gekauft zu haben. Bescheinigen muß der Kläger die Behauptung, daß er bereits erfüllt habe, ebensowenig wie andere Behauptungen, mit welchen er sein Gesuch begründet. — Abs. 2 bezieht sich weder auf Ansprüche aus den sog. contractus bilaterales inaequales noch auf Ansprüche, durch deren Erfüllung ein Recht des Schuldners auf Quittung, auf Zurückgabe des Schuldscheins oder Wechsels, auf Hypothekenlöschung u. dgl. entsteht. Derartige Ansprüche eignen sich zum Mahnverfahren.

„Wenn die Zustellung — erfolgen müßte." Wegen Zustellung im Ausland s. §§ 182—185; wegen öffentlicher Zustellung s. §§ 186—189. Das Gesuch ist abzuweisen, wenn gleichzeitig die Zustellung im Ausland oder die öffentliche Zustellung beantragt ist oder nach dem Inhalt des Gesuchs erforderlich erscheint. Wird nach Erlassung des Zahlungsbefehls die Zustellung desselben im Ausland oder die öffentliche Zustellung beantragt, so ist dieser Antrag abzuweisen. Der Zahlungsbefehl bleibt in den Händen des Gläubigers, der aber nichts damit anfangen kann, bis etwa der Schuldner zurückkehrt.

3. Die Verbindung mehrerer selbständiger Ansprüche gegen denselben Schuldner in einem Gesuche und in einem Zahlungsbefehle ist zulässig (KPr. S. 318, 319. Vgl. a. Mot. S. 382). Die Verbindung mehrerer Ansprüche gegen mehrere Schuldner ist zulässig, wenn die Voraussetzungen der §§ 56, 57 gegeben sind. Vgl. a. preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. § 22 Abs. 8.

§ 629.

Die Zahlungsbefehle werden von den Amtsgerichten erlassen.

Ausschließlich zuständig ist das Amtsgericht, bei welchem der allgemeine persönliche Gerichtsstand oder der dingliche Gerichtsstand für die im ordentlichen Verfahren erhobene Klage begründet sein würde, wenn die Amtsgerichte in erster Instanz sachlich unbeschränkt zuständig wären.

Mot. S. 381. KPr. S. 316–320, 561.

Die Erlassung des Zahlungsbefehls gehört ohne Rücksicht auf die Höhe des Anspruchs vor die Amtsgerichte (Mot. S. 381). Die Zuständigkeit des Amtsgerichts für die einzelne Sache sollte nach dem Entwurf durch die Vorschriften der PrO. über den allgemeinen und besonderen Gerichtsstand bestimmt werden. In der JK. d. RT. wurde beschlossen, nur den

allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners (§§ 13—20) und für Ansprüche der in §§ 25 und 27 bezeichneten Art, sofern sich diese Ansprüche zum Mahnverfahren eignen, den Gerichtsstand der belegenen unbeweglichen Sache zuzulassen. Für die hypothekarische Klage gegen den Drittbesitzer auf Zahlung (über die Qualifikation dieses Anspruchs zum Mahnverfahren s. Bem. Nr. 2 zu § 628 in Verb. m. Bem. Nr. 1 litt. c zu § 555) ist der Gerichtsstand des § 25 begründet. Dieser Gerichtsstand ist ein ausschließlicher für die Klage, folglich auch für den Zahlungsbefehl. Zwischen dem Gerichtsstand des § 27 und dem allgemeinen Gerichtsstand hat der Kläger die Wahl.

§ 630.

Das Gesuch muß enthalten:

1) **die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort;**
2) **die Bezeichnung des Gerichts;**
3) **die bestimmte Angabe des Betrags oder Gegenstandes und des Grundes des Anspruchs;**
4) **das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls.**

Mot. S. 381. KPr. S. 320, 561.

1. Die in § 630 aufgeführten Erfordernisse sind wesentlich. Sie entsprechen den Erfordernissen der Klageschrift (§ 230). Zu Nr. 1 bis 3 vgl. Bem. Nr. 3 Ziff. I bis IV zu § 230. „Grund des Anspruchs" hat die gleiche Bedeutung, wie in § 230 Nr. 2, bezeichnet also das Rechtsverhältnis, aus welchem der Anspruch hergeleitet wird, nicht die Thatsachen, aus welchen das Rechtsverhältnis entsteht. Dieses Rechtsverhältnis muß bei dem Gesuche um den Zahlungsbefehl ebenso individualisiert werden wie bei der Klage. Es genügt also z. B. nicht die Angabe, der Gesuchsteller habe 100 ℳ Kaufgeld zu fordern; vielmehr ist das Vertragsverhältnis durch Bezeichnung des Kaufgegenstandes, nach Umständen auch durch Angabe der Zeit der Lieferung u. dgl. zu kennzeichnen. — Unter Betrag ist die Haupt- und die Nebensache zu verstehen. Natürlich genügt zur Angabe eines Zinsbetrags die Angabe des dies a quo und des Prozentsatzes. Ein Antrag auf Kostenerstattung ist nicht erforderlich.

2. Das Gesuch kann schriftlich eingereicht, es kann mündlich vorgetragen werden. Ein Protokoll wird nicht errichtet (§ 642). Die in § 22 Abs. 3 der preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. vorgesehene Prozedur — der Gesuchsteller entwirft den Zahlungsbefehl unter Benutzung eines Formulars und übergiebt denselben zur Vollziehung — entspricht dem Gesetz; denn es kommt nur darauf an, dem Gericht die zum Inhalt des Zahlungsbefehls erforderlichen Angaben auf irgend welche Weise an die Hand zu geben.

3. Der Ausländer hat im Mahnverfahren dem Gegner keine Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten (s. Bem. Nr. 2 zu § 102), wohl aber den erhöhten Gebührenvorschuß (GKG. § 85) zu zahlen. Der Ausländer ist nicht verbunden, bei der Gesuchstellung oder bei Zustellung des Zahlungsbefehls einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen; denn solche Verpflichtung tritt nach § 161 Abs. 1 erst mit Zustellung eines Schriftsatzes ein, der Zahlungsbefehl ist aber kein Schriftsatz.

§ 631.

Entspricht das Gesuch nicht den Bestimmungen der vorstehenden Paragraphen oder ergiebt sich aus dem Inhalte des Gesuchs, daß der Anspruch überhaupt oder zur Zeit nicht begründet ist, so wird dasselbe zurückgewiesen.

Das Gesuch ist auch dann zurückzuweisen, wenn der Zahlungsbefehl nur in Ansehung eines Teils des Anspruchs nicht erlassen werden kann.

Eine Anfechtung der zurückweisenden Verfügung findet nicht statt.

Mot. S. 381, 382. KPr. S. 320, 561.

1. Zu Abs. 1: a) Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen und die besonderen Voraussetzungen des Mahnverfahrens gegeben sind. Zu ersteren gehört die Prozeßfähigkeit (§§ 50—55) des Gesuchstellers, die Legitimation desselben als gesetzlicher Vertreter der Partei (§§ 50, 54), die Zuständigkeit des Gerichts, die Zulässigkeit des Rechtswegs; die besonderen Voraussetzungen ergeben sich aus den §§ 628, 629 Abs. 2, 630. Über die allgemeinen Voraussetzungen hat der Gesuchsteller dem Gericht nach Umständen die nötigen Angaben zu machen. [Vgl. Goldenring a. a. O. S. 464. AM. wie es scheint Wilm. Levy N. 1 zu § 631 und Gaupp III S. 97. Dieselben betonen, daß die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen nur auf Grund des Gesuchs stattfinde und folgern daraus, daß eine Zurückweisung nur erfolgen könne, wenn aus dem Gesuch selbst der zu berücksichtigende Mangel hervorgehe. Allerdings wird das Gericht, wenn sich keine Bedenken aus dem Gesuch ergeben, zu näherer Prüfung nicht veranlaßt sein; aber wenn sich Bedenken ergeben, so muß das Gericht nähere Angaben und Beweis hinsichtlich der Prozeßvoraussetzungen fordern und eventuell das Gesuch zurückweisen.] Über Entbehrlichkeit der Vollmacht s. § 643.

b) Das Gericht hat ferner von Amtswegen zu prüfen, ob sich nach dem Inhalt des Gesuchs der Anspruch auf sofortige Zahlung oder Leistung als begründet darstellt.

Ergiebt sich, daß ein Mangel in den Prozeßvoraussetzungen besteht oder daß der Anspruch nach dem Inhalt des Gesuchs nicht oder zur Zeit nicht begründet ist, so ist das Gesuch zurückzuweisen. Die Zurückweisung kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Die Zulässigkeit einer mündlichen Zurückweisung ist zwar im Gesetze nicht ausgesprochen, aber bei der Formlosigkeit des Verfahrens wohl nicht zu beanstanden. [So auch Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 98, Puchelt II S. 470, Endemann III S. 88. AM. Struckm. Koch N. 1 Abs. 2, Petersen S. 885, A. Förster N. 3. Die bayr. Dienstesvorschr. f. d. Gerichtsschreibereien § 35 Abs. 4 erwähnen die mündliche Verkündung als zulässig; ebenso die bad. VO. betr. die Einrichtung der Gerichtsschr. und die Dienstverhältnisse des Gerichtsschreiberpers. § 79. Die preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsgerichte § 22 Abs. 3 bestimmen: „Zurückweisende Verfügungen werden von dem Richter regelmäßig (?) auf dem Protokoll oder Gesuche niedergeschrieben oder in Urschrift ausgereicht." Ähnlich die württ. Min.-Verf. betr. das Mahnregister § 9. Die beiden letzteren Verordnungen scheinen Schriftlichkeit der Verfügung zu verlangen. Sie haben nur instruktionelle Bedeutung.] Mündliche Zurückweisung setzt Anwesenheit des Gesuchstellers voraus. Die schriftliche Zurückweisung ist dem Gesuchsteller nicht förmlich zuzustellen, sondern formlos auszuhändigen. Die Angabe des Grundes der Zurückweisung ist zwar nicht geboten, aber für den Richter, welcher seines Amtes mit gebührender Rücksicht auf die Interessen der Rechtsuchenden walten will, kaum zu umgehen.

Die Zurückweisung ist weder der formellen noch der materiellen Rechtskraft fähig. Es steht nichts im Wege, daß der Gesuchsteller das Gesuch in verbesserter Gestalt wiederhole. Auch wenn bei der Wiederholung die Sachlage genau ebenso wie bei der früheren Zurückweisung gestaltet sein sollte, ist das Gericht nicht gehindert, dem zweiten Gesuche stattzugeben; es kann sich über die Zulässigkeit eine andere Ansicht gebildet haben.

2. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Durch eine teilweise Zurückweisung würde der Anspruch unter Umständen in zwei Prozesse zersplittert, — deren einer durch das Mahnverfahren, der andere durch den ordentlichen Prozeß ohne Garantie für ein über-

einstimmendes Resultat getrieben, bei gewissen Nebenforderungen sogar die weitere Verfolgung desselben gehindert würde. (Pr. ALR. I 11 § 845 ff.)

Auf den Fall, wo verschiedene selbständige Ansprüche in Frage stehen, ist § 631 Abs. 2 nicht zu beziehen, indem das Gesetz zwischen Teil eines Anspruchs und mehreren Ansprüchen unterscheidet (§ 273)."

Die Zurückweisung des Gesuchs muß auch erfolgen, wenn der Zahlungsbefehl nur in Ansehung des Hauptanspruchs, nicht aber in Ansehung des auf demselben Klagegrund beruhenden Nebenanspruchs — und umgekehrt — erlassen werden könnte.

3. Zu Abs. 3: Dem zurückgewiesenen Gesuchsteller bleibt der Weg der Klage offen.

§ 632.

Der Zahlungsbefehl enthält die im § 630 Nr. 1—3 bezeichneten Erfordernisse des Gesuchs und außerdem den Befehl an den Schuldner, binnen einer vom Tage der Zustellung laufenden Frist von zwei Wochen bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger wegen des Anspruchs nebst den dem Betrage nach zu bezeichnenden Kosten des Verfahrens und den geforderten Zinsen zu befriedigen oder bei dem Gerichte Widerspruch zu erheben.

Mot. S. 382, 383. KPr. S. 320, 321, 561.

1. Der Zahlungsbefehl nimmt den wesentlichen Inhalt des Gesuchs (§ 630 Nr. 1—3) in sich auf. Das Gesuch ist nicht zuzustellen (§ 633).

2. Die Frist ist keine Notfrist; daher keine Wiedereinsetzung gegen deren Versäumung. Durch Vereinbarung der Parteien könnte die Frist verlängert oder abgekürzt werden (§ 202 Abs. 1); es geschieht aber nicht. Thatsächlich kann der Gesuchsteller die Frist verlängern, indem er den Antrag auf Vollstreckungsbefehl verzögert (§ 634 Abs. 1). Auf Antrag kann die Frist weder verlängert noch abgekürzt werden (arg. § 202 Abs. 2). Die Gerichtsferien haben auf die Frist keinen Einfluß (GVG. § 204).

Die Vorschriften über Unterbrechung des Verfahrens (§§ 217 ff.) finden auf das Mahnverfahren entsprechende Anwendung [vgl. Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 90 N. ***; Ztschr. f. d. CPr. VI S. 514, VII S. 560]. Bei Unterbrechung wird der Lauf der in § 636 bestimmten Frist gehemmt. Nach Beendigung der Unterbrechung beginnt die volle Frist von neuem (§ 226 Abs. 1). Beendet wird die Unterbrechung auf folgende Weise: a) Der Unterbrechungsgrund — Tod, Konkurs, Verlust der Prozeßfähigkeit zc. — ist auf der Seite des Gläubigers. Der Rechtsnachfolger des Gläubigers (§ 217), der im Konkurs des Gläubigers bestellte Konkursverwalter (§ 218), der gesetzliche Vertreter oder der neue Vertreter des Gläubigers (§ 219) kann die Unterbrechung beendigen durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem er die Aufnahme des Verfahrens und im Falle des § 219 die Bestellung zum Vertreter dem Gegner anzeigt. Der Schuldner, der übrigens kaum jemals ein Interesse an der Beendigung der Unterbrechung haben wird, könnte im Falle des § 217 das Ende der Unterbrechung herbeiführen durch Ladung des Rechtsnachfolgers zu einem Termin vor dem Amtsgericht zur Aufnahme (nicht zur Verhandlung) und durch das Verfahren nach § 217 Abs. 4; zwar paßt dieses Verfahren schlecht in das Mahnverfahren; aber es ist nichts anderes vorgesehen [vgl. Wilm. Levy N. 2]. Im Falle des § 218 wäre ebenso gegen den im Konkurs des Gläubigers bestellten Verwalter zu verfahren. Im Falle des § 219 könnte der Schuldner durch Zustellung des in § 219 a. E. erwähnten Schriftsatzes die Unterbrechung beendigen. b) Der Unterbrechungsgrund ist auf der Seite des Schuldners. Der Gläubiger kann im Falle des § 217 durch Ladung des Rechtsnachfolgers in einen Termin vor dem Amtsgericht zur Aufnahme (nicht zur Verhandlung!) und durch das Verfahren nach § 217 Abs. 4 das Ende der Unterbrechung

herbeiführen. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, Jastrow Ztschr. f. d. CPr. VII S. 561. AM. Gaupp III S. 102 und S. 111, welcher den Gläubiger darauf verweist, einen neuen Zahlungsbefehl gegen die Erben des Schuldners zu erwirken. Aber diesem neuen Zahlungsbefehl könnte im Wege des Widerspruchs die Einrede der Rechtshängigkeit aus dem früheren Zahlungsbefehl entgegengesetzt werden; auch würde der Gläubiger die möglicherweise für die Fortdauer seines Anspruchs entscheidende, durch den ersten Zahlungsbefehl eingetretene Unterbrechung der Verjährung samt den sonstigen Wirkungen der Rechtshängigkeit verlieren. Der in der 2. Aufl. d. Komm. vorgeschlagene, jetzt von A. Förster N. 7 gebilligte Ausweg der Umstellung des früheren Zahlungsbefehls auf die Erben hat im Gesetze keinen Boden.] Im Falle der Unterbrechung nach § 218 steht dem Gläubiger dasselbe Verfahren gegen den Verwalter offen. Bei Unterbrechung nach § 219 kann der Gläubiger die Unterbrechung durch Zustellung der in § 219 a. E. vorgesehenen Anzeige beendigen. Der Rechtsnachfolger des Schuldners (§ 217), der gesetzliche Vertreter oder der neue Vertreter desselben (§ 219) kann die Unterbrechung durch die in § 217 und § 219 vorgesehenen Anzeigen beendigen. Der im Konkurs des Schuldners ernannte Verwalter hat niemals ein Interesse an Beendigung der Unterbrechung (§ 218).

§ 633.

Mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein.

Mot. S. 383. KPr. S. 321, 561.

1. Der Zahlungsbefehl wird dem Schuldner nicht von Amtswegen, sondern auf Betreiben des Gläubigers zugestellt. Die Zustellung erfolgt nach den Regeln der §§ 152 ff.

Dem Gläubiger ist der Zahlungsbefehl überhaupt nicht zuzustellen. Hat der Gläubiger erklärt, selbst einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung an den Schuldner beauftragen zu wollen, so hat er die Urschrift des Zahlungsbefehls auf der Gerichtsschreiberei abzuholen oder dafür zu sorgen, daß sie ihm von der Gerichtsschreiberei zugesandt wird. Hat der Gläubiger jene Erklärung nicht abgegeben, so hat der Gerichtsschreiber nach §§ 152, 154 einen Gerichtsvollzieher oder Postboten (§ 179) mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner zu beauftragen. Der Gerichtsvollzieher behändigt die Urschrift des Zahlungsbefehls nebst der Zustellungsurkunde stets dem Gläubiger. Hat der Gerichtsschreiber gemäß § 179 direkt durch die Post zugestellt, so läuft die Zustellungsurkunde des Postboten an den Gerichtsschreiber zurück, welcher dieselbe nebst der Urschrift des Zahlungsbefehls dem Gläubiger zur Verfügung stellt. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 101, Petersen S. 887, A. Förster N. 4 zu § 632, Goldenring a. a. O. S. 475, Meyer Zahlungsbefehl S. 14, Petersen Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 422 u. a.; preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. § 22 Abs. 4; bayer. Dienstinstr. f. d. Gerichtsschr. § 35; bad. VO. betr. die Einrichtung der Gerichtsschr. § 80. AM. sc. für Zustellung des Zahlungsbefehls an den Gläubiger v. Sarwey II S. 78, Endemann III S. 91, Kleiner II S. 747.]

2. „Wirkungen der Rechtshängigkeit" — s. §§ 235, 239 nebst den Bemerkungen. Die Befugnis des Beklagten, eine Widerklage zu erheben, beginnt erst, wenn der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben ist, weil sonst die Sache nicht zur mündlichen Verhandlung kommt (vgl. Bem. Nr. 3 litt. d zu § 33). [So auch Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 43.] Über Hauptintervention im Mahnverfahren s. Bem. Nr. 3 litt. a zu §§ 61, 62; über Nebenintervention s. Bem. Nr. 3 I zu § 63. — Über Unterbrechung der Wechselverjährung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls s. Bem. Nr. 7 zu EG. § 13.

Die Wirkungen der Rechtshängigkeit kann der Gläubiger dadurch beseitigen, daß er

dem Schuldner einen Schriftsatz zustellt, in welchem er erklärt, daß er die in der Zustellung des Zahlungsbefehls gelegene Klage zurücknehme (arg. 243 Abs. 2). Die Zurücknahme ist ohne Einwilligung des Schuldners bis zu dem in § 243 Abs. 1 angegebenen Zeitpunkte möglich; sie ist auch nach Erwirkung des Vollstreckungsbefehls möglich, solange noch Einspruch zulässig ist [vgl. Struckm. Koch 2, Wilm. Levy N. 2, Petersen S. 888, A. Förster N. 2d, Goldenring a. a. O. S. 477 u. 479. AM. Gaupp III S. 102].

§ 634.

Der Schuldner kann gegen den Anspruch oder einen Teil desselben Widerspruch erheben, solange der Vollstreckungsbefehl nicht verfügt ist.

Das Gericht hat den Gläubiger von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruche in Kenntnis zu setzen und dem Schuldner auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu erteilen, daß er rechtzeitig Widerspruch erhoben habe.

Einer Zurückweisung des nicht rechtzeitig erhobenen Widerspruchs bedarf es nicht.

Mot. S. 383, 384. KPr. S. 316, 321–324, 561.

1. Zu Abs. 1: Der Widerspruch wird durch formlose, schriftliche oder mündliche Erklärung bei dem Amtsgericht, welches den Zahlungsbefehl erlassen hat, erhoben. Im Mahnregister ist die Erhebung des Widerspruchs zu vermerken. Erhebt jemand für den Schuldner Widerspruch, so bedarf es nicht des Nachweises einer Vollmacht (§ 643). Der Ablauf der Widerspruchsfrist bewirkt noch nicht die Ausschließung des Widerspruchs. Auch das Gesuch um den Vollstreckungsbefehl hindert noch nicht die Erhebung des Widerspruchs. Die Ausschließung tritt vielmehr erst ein, wenn der Vollstreckungsbefehl verfügt ist. Verfügt ist der Vollstreckungsbefehl, wenn er vom Richter unterschrieben und aus der Hand gegeben ist, also schon bei Auslieferung an die Kanzlei, nicht erst mit dessen Aushändigung an den Gläubiger, geschweige denn erst mit der Zustellung an den Schuldner.

2. Zu Abs. 2: Die Benachrichtigung des Gläubigers geschieht von Amtswegen. Die Form der Zustellung ist nicht vorgeschrieben. Abschrift der Widerspruchserklärung wird nicht mitgeteilt. — Die Bescheinigung über Erhebung des Widerspruchs wird nur auf Verlangen erteilt, nach preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. § 22 Abs. 2 durch den Gerichtsschreiber. Wegen Versagung derselben ist Beschwerde (§§ 530, 539) zulässig.

3. Zu Abs 3: Auf einen nicht rechtzeitig erhobenen Widerspruch wird nicht verfügt. Der Schuldner kann seiner Zeit aus der Zustellung des Vollstreckungsbeschlusses entnehmen, daß sein Widerspruch verspätet war (hann. Prot. IX S. 3317, 3319).

§ 635.

Durch die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs gegen den Anspruch oder einen Teil desselben verliert der Zahlungsbefehl seine Kraft. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben bestehen.

Mot. S. 383–385. KPr. S. 316–324, 504, 561.

1. „Gegen — einen Teil desselben." Vgl. § 631 Abs. 2 und Bem. Nr. 2 zu § 631. Auch der Widerspruch gegen eine Nebenforderung entkräftet den ganzen Zahlungsbefehl (KPr. S. 324). Ist der Zahlungsbefehl wegen mehrerer selbständiger Ansprüche erlassen, so behält er bei Widerspruch gegen einen der Ansprüche seine Kraft bezüglich der übrigen.

2. „Die Wirkungen der Rechtshängigkeit rc." Das Aufhören der Rechtshängigkeit infolge willkürlichen Widerspruchs würde die Anwendbarkeit des Verfahrens, insbesondere

zur schleunigen Unterbrechung einer drohenden Verjährung, auf das Höchste beeinträchtigen (Mot. S. 383). Über die Dauer der Rechtshängigkeit s. §§ 636, 637.

3. Durch Zurücknahme des Widerspruchs wird der Zahlungsbefehl nicht wieder in Kraft gesetzt, weil das Mahnverfahren durch den Widerspruch beendigt war. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 104. AM. Hellmann Komm. II S. 595 und A. Förster N. 3.] Ob die Zurücknahme als außergerichtliches Anerkenntnis in einem späteren Verfahren verwertet werden kann, ist eine andere Frage.

§ 636.

Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte, so wird, wenn rechtzeitig Widerspruch erhoben ist, die Klage als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem Amtsgerichte erhoben angesehen, welches den Befehl erlassen hat.

Jede Partei kann den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden; die Ladungsfrist beträgt mindestens drei Tage.

Mot. S. 383—385. KPr. S. 316, 321—324, 504, 561.

1. § 636 betrifft die Fälle, in denen die Klage nach der gesetzlichen Verteilung der Zuständigkeit (GVG. § 23 mit § 70) vor die Amtsgerichte gehört. Wäre für solche Fälle die landgerichtliche Zuständigkeit vereinbart, so würde gleichwohl der § 636 und nicht der § 637 anwendbar sein. Umgekehrt würde § 637 und nicht der § 636 dann anwendbar sein, wenn für eine nach der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung vor das Landgericht gehörige Klage die amtsgerichtliche Zuständigkeit vereinbart wäre. [AM. Jastrow Ztschr. f. d. CPr. VII S. 556.]

2. Der Zahlungsbefehl, welcher bis auf die Ladung den wesentlichen Inhalt der Klageschrift hat, ersetzt die Klageschrift. Der Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls ist für die sog. perpetuatio fori (§ 235 Nr. 1), der Inhalt des Zahlungsbefehls für das Verbot der Klagänderung (§ 235 Nr. 2) maßgebend. Die Fortdauer der nach § 633 (cf. § 635) eingetretenen Wirkungen der Rechtshängigkeit ist zeitlich nicht begrenzt.

Der Beklagte kann in der mündlichen Verhandlung den Mangel der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts rügen. Die Unzuständigkeit kann aber nicht darauf gestützt werden, daß dem Amtsgericht die speziell für das Mahnverfahren in § 629 Abs. 2 verlangte örtliche Zuständigkeit fehle, wenn ein besonderer Gerichtsstand, z. B. des Erfüllungsortes, bei dem Gericht begründet ist; denn das Mahnverfahren ist mit dem Widerspruch zu Ende, und für das sich anreihende ordentliche Verfahren bestehen die allgemeinen Gerichtsstandsregeln. [AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 2 und die früheren Aufl.] Auch hindert die nur für den Zahlungsbefehl geltende Ausschließlichkeit des allgemeinen persönlichen Gerichtsstands (§ 629 Abs. 2) nicht, daß in dem sich anreihenden ordentlichen Verfahren ein anderes Gericht durch Prorogation zuständig werde.

In den Urkunden- oder Wechselprozeß kann das Verfahren nicht übergeleitet werden, weil nach § 556 die Erklärung, daß im Urk.-Proz. geklagt werde, in der Klage stehen muß. Der neuen Klage im Urk.-Proz. würde die Einrede der Rechtshängigkeit im Wege stehen, solange nicht die Zurücknahme der in der Zustellung des Zahlungsbefehls gelegenen Klage erfolgt ist [vgl. Stein Urk.-Proz. S. 152].

3. Zu Abs. 2: Von Amtswegen wird nicht Termin bestimmt. Die Ladungsfrist entspricht der Normalfrist des §§ 194, 459. Dieselbe gilt auch für Meß- und Marktsachen, für öffentliche Zustellungen und für Zustellungen im Ausland.

§ 637.

Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte, so erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit, wenn nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche von dem Tage der Benachrichtigung von der Erhebung des Widerspruchs läuft, die Klage bei dem zuständigen Gerichte erhoben wird.

Mot. S. 383–385. KPr. S. 316, 321–324, 504, 561.

1. „Vor die Landgerichte" — vgl. Bem. Nr. 1 zu § 636.

2. „Erlöschen die Wirkungen d. R." — und zwar, wie im Falle des § 243, ex tunc. [So auch Goldenring a. a. O. S. 479.] Die Wirkungen d. R. — s. § 235 und § 239. Eine der materiellrechtlichen Wirkungen d. R. ist die Unterbrechung der Verjährung. Gleichwie im Falle der Klagezurücknahme die Verjährung als nicht unterbrochen gilt, so auch im Falle des Ablaufs der Frist des § 637. [Vgl. Eccius (Förster) pr. PrR. I § 57 u. III § 177 N. 95, Planck I § 55 N. 39, Rudorff die deutschen Klagenverjährungsgesetze S. 10, Entw. e. b. GB. § 172. AM. Dernburg pr. PrR. I § 168 N. 20, Aschrott Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 618 ff., A. Förster N. 6 zu § 243. Dernburg stützt die Annahme, daß die Verjährung auch nach Ablauf der Frist unterbrochen bleibe, darauf, daß auch die gerichtliche Protestation die Verj. unterbreche und daß das in Zustellung des Zahlungsbefehls gelegene „Moment der Protestation" (?) nicht ungeschehen werde durch Aufhören der Rechtshängigkeit. Aber abgesehen davon, ob nach preuß. und gem. Recht die Protestation z. Unterbr. d. Verj. wirklich genügt, ist Zustellung des Zahlungsbefehls eben keine gerichtliche Protestation. Aschrott und A. Förster bestreiten überhaupt, daß die Unterbrechung der Verjährung Rechtshängigkeitswirkung sei.]

3. „Binnen einer sechsmonatigen Frist." Die Frist ist eine gesetzliche, aber keine Notfrist. Abkürzung und Verlängerung kann vereinbart, aber nicht vom Gericht bewilligt werden (§ 202). Die Gerichtsferien haben auf den Fristenlauf keinen Einfluß (GVG. § 204). [Unrichtig OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 513.] — Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Frist ist nicht möglich. Bei Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens hört der Lauf der Frist auf; nach Beendigung der Unterbrechung 2c. beginnt die volle Frist von neuem zu laufen (§ 226). Bis zum Ablauf der Frist dauern alle prozessualischen und materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit fort. Insbesondere kann der Gläubiger, wenn er vom Schuldner mit negativer Feststellungsklage bezüglich derselben Sache belangt wird, die Einrede der Rechtshängigkeit erheben.

4. „Benachrichtigung" — s. § 634 Abs. 2 und Bem. Nr. 2 dazu.

5. „Die Klage erhoben wird" — sc. in der Form des § 230. Es kann auch im Urk.-Prozesse geklagt werden [vgl. Stein Urk.-Proz. S. 291].

6. „Bei dem zuständigen Gericht." Es heißt nicht: bei dem vorgesetzten Landgericht. Die Klage kann also auch bei einem andern Gericht, welches nach §§ 21—24, 28—32 zuständig ist, erhoben werden, ohne daß dem Kläger die Fortdauer der Rechtshängigkeit verloren geht (norbd. Prot. S. 1209 f.). Auch kann durch Vereinbarung (§ 38) sowie durch Präklusion der Unzuständigkeitseinrede (§ 39), soweit nicht § 40 im Wege steht, die örtliche und die sachliche Kompetenz eines an und für sich nicht zuständigen Gerichts für die Klage begründet werden. [So auch Goldenring a. a. O. S. 477, OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. IX S. 482. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 270 f. nimmt an, daß auch die Prorogation, nicht bloß die Klagerhebung, innerhalb der Sechsmonatsfrist liegen müsse, um die

Rechtshängigkeit von der Zustellung des Zahlungsbefehls datieren zu können; dies ist nicht richtig, weil nach der Prorogation die Frage, ob das Gericht ohne dieselbe zuständig gewesen wäre, nicht mehr zu stellen ist. Vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. V S. 165 und Fitting Ztschr. f. d. CPr. VI S. 355.]

7. Wird die Klage vor Ablauf der sechsmonatigen Frist erhoben, so datieren die Wirkungen der Rechtshängigkeit von der Zustellung des Zahlungsbefehls. Dies ist insbesondere von Bedeutung für die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit, es gilt aber auch für die prozeßrechtlichen Wirkungen derselben. Daher bleibt gemäß § 235 Nr. 2 der Gerichtsstand bei dem Gerichte, bei welchem der Beklagte z. Z. der Zustellung des Zahlungsbefehls seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, bestehen, auch wenn die den allgemeinen Gerichtsstand begründenden Umstände, z. B. das Domizil, in der Zeit zwischen Zustellung des Zahlungsbefehls und der Klage sich verändert haben; für die Wertsberechnung ist gemäß § 4 der Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls entscheidend. [Vgl. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 270.] Beschränkt der Kläger in der Klage seinen Anspruch auf einen Betrag von 300 ℳ, während der Zahlungsbefehl auf einen höheren Betrag lautete, so bleibt das Landgericht zuständig, gerade wie bei Reduktion nach der Klagerhebung. [Vgl. Hellmann Bl. f. RA. XLV S. 417 ff., Lehrb. S. 930.] Erscheint die erhobene Klage im Verhältnis zum Zahlungsbefehl als eine geänderte Klage, so kann zwar der Beklagte nicht der Änderung widersprechen, denn die Klage steht auf eigenen Füßen [aM. Gaupp III S. 107 Nr. 2]; aber es fehlt dann der Zusammenhang zwischen Zahlungsbefehl und Klage, und der Kläger kann folglich nicht für diese Klage die mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eingetretenen Wirkungen der Rechtshängigkeit in Anspruch nehmen. [So auch Schwalbach a. a. O. S. 271.] — Die Klage kann auch im Urkundenprozeß nach §§ 555, 556 erhoben werden.

§ 638.

Die Kosten des Mahnverfahrens sind im Falle der rechtzeitigen Erhebung des Widerspruchs als ein Teil der Kosten des entstehenden Rechtsstreits anzusehen.

Wird im Falle des § 637 die Klage nicht binnen der bestimmten Frist erhoben, so hat der Gläubiger die Kosten des Mahnverfahrens zu tragen.

KPr. S. 316, 324, 561.

1. Zu Abs. 1 vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 vor § 628.

2. Zu Abs. 2: Der Gläubiger hat in diesem Fall dem Schuldner auch die durch Erhebung des Widerspruchs erwachsenen Kosten zu erstatten. Der Schuldner kann sich aber einen vollstreckbaren Titel bezüglich dieser Kosten nur auf dem Wege eines neuen Verfahrens (Klage oder Gesuch um Zahlungsbefehl) gegen den Impetranten des Zahlungsbefehls verschaffen.

§ 639.

Der Zahlungsbefehl ist nach Ablauf der darin bestimmten Frist auf Gesuch des Gläubigers für vorläufig vollstreckbar zu erklären, sofern nicht vor der Vollstreckbarkeitserklärung von dem Schuldner Widerspruch erhoben ist. Die Vollstreckbarkeitserklärung erfolgt durch einen auf den Zahlungsbefehl zu setzenden Vollstreckungsbefehl. In den Vollstreckungsbefehl sind die von dem Gläubiger zu berechnenden Kosten des bisherigen Verfahrens aufzunehmen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch des Gläubigers zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 378, 379, 385, 386. KPr. S. 324, 561.

1. Das Gesuch kann schriftlich eingereicht, es kann mündlich vorgetragen werden. Ein Protokoll wird nicht errichtet (§ 642). Vollmacht ist nötig (s. Bem. zu § 643). Bei dem Gesuch ist das Original des Zahlungsbefehls nebst der Zustellungsurkunde vorzulegen. Ist der Zahlungsbefehl zu Verlust gegangen, so bleibt dem Gläubiger nichts übrig, als einen neuen Zahlungsbefehl zu erwirken und diesen wieder zustellen zu lassen [vgl. Cwiklinski Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 685 ff.].

2. Die Kognition des Gerichts beschränkt sich auf die formalen Voraussetzungen des Vollstreckungsbefehls: ordnungsmäßige Zustellung des Zahlungsbefehls, Ablauf der Widerspruchsfrist ohne Erhebung des Widerspruchs und Einhaltung der Frist des § 641. Das Vorhandensein dieser Voraussetzungen ergiebt sich aus der Zustellungsurkunde und aus dem Mahnregister. Ob die Erlassung des Zahlungsbefehls gerechtfertigt und ob das Gericht dazu zuständig war, wird nicht mehr geprüft [vgl. Goldenring a. a. O. S. 488. AM. Immler Ztschr. f. d. CPr. XI S. 326.] — Vor Ablauf der Frist kann Vollstr.-Befehl erteilt werden, wenn auf Widerspruch verzichtet wird [vgl. OLG. Darmstadt SA. XXXVIII Nr. 77].

3. Sind die angeführten formalen Voraussetzungen vorhanden, so ist dem Gesuche dadurch stattzugeben, daß der Vollstreckungsbefehl vom Gericht auf den Zahlungsbefehl gesetzt wird. Der Vollstreckungsbefehl besteht in der Vollstreckbarkeitserklärung. Er kann auf einen geringeren Betrag als den des Zahlungsbefehls erteilt werden, wenn der Antragsteller dies beantragt.

4. Einem Singularsuccessor des Gläubigers kann der Vollstreckungsbefehl nicht erteilt werden (arg. § 236 Abs. 2); ebenso wenig gegen einen Singularsuccessor des Schuldners. Ist der Gläubiger oder der Schuldner nach Zustellung des Mahnbefehls aber vor Erlassung des Vollstr.-Befehls gestorben, so wird das Verfahren unterbrochen. Ein während der Unterbrechung erlangter Vollstr.-Befehl ist unwirksam (§ 226 Abs. 2). Nach Beendigung der Unterbrechung (darüber s. Bem. Nr. 2 zu § 632) und Ablauf der neuen Frist kann dem Erben des Gläubigers und gegen den Erben des Schuldners Vollstr.-Befehl erteilt werden. [Unrichtig Goldenring a. a. O. S. 488, welcher die §§ 665—667 anwenden will.] — Ist nach Erlassung des Vollstr.-Befehls eine Rechtsnachfolge auf Seite des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten, so finden die §§ 665—667 Anwendung.

5. Der Vollstr.-Befehl wird dem Schuldner nicht von Amtswegen, sondern auf Betreiben des Gläubigers zugestellt. Die Zustellung erfolgt nach den Regeln der §§ 152 ff. Auch § 154 ist anwendbar. [AM. die früheren Aufl.] Dem Gläubiger ist der Vollstr.-Befehl überhaupt nicht zuzustellen. Hat der Gläubiger erklärt, selbst einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragen zu wollen, so hat er die Urschrift auf der Gerichtsschreiberei abzuholen oder dafür zu sorgen, daß sie ihm von der Gerichtsschreiberei zugesandt wird. Hat der Gläubiger jene Erklärung nicht abgegeben, so hat der Gerichtsschreiber einen Gerichtsvollzieher oder Postboten (§ 179) mit der Zustellung des Vollstr.-Befehls an den Schuldner zu beauftragen. Der Gerichtsvollzieher behändigt die Urschrift des Vollstr.-Befehls nebst der Zustellungsurkunde stets dem Gläubiger. Hat der Gerichtsschreiber gemäß § 179 direkt durch die Post zugestellt, so läuft die Zustellungsurkunde des Postboten an den Gerichtsschreiber, welcher dieselbe mit der Urschrift des Vollstr.-Befehls dem Gläubiger zur Verfügung stellt. [Vgl. Struckm. Koch N. 6, Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 112, Petersen S. 895, Goldenring a. a. O. S. 491, bayer. Gesch.-Anw. f. d. Gerichtschreiber § 35, bad. VO. betr. die Einrichtung der

der Gerichtsschr. rc. §§ 80 und 85. Unrichtig Endemann III S. 100, Sarwey II S. 83, Kleiner II S. 755.]

6. Die Kosten des Mahnverfahrens sind vom Gläubiger bei dem Gesuch um den Vollstr.-Befehl zu liquidieren und vom Gericht festzusetzen. Der Gläubiger hat gegen die Abstreichung liquidierter Kosten sofortige Beschwerde; denn darin liegt teilweise Zurückweisung seines Gesuchs. Daraus ergiebt sich, daß ein derartiger Vollstreckungsbefehl dem Gläubiger vom Amtswegen zuzustellen ist (s. Bem. Nr. 8).

7. Gleichzeitig mit der Zustellung des Vollstr.-Befehls kann die Zwangsvollstreckung beginnen (§ 671 Abs. 1); der Vollstr.-Befehl bedarf der Vollstr.-Klausel (§ 636) nur, wenn nach Erlassung des Befehls eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist (§ 704 Abs. 1). Wegen Einwendungen gegen den Vollstr.-Befehl, welche den Anspruch selbst betreffen, s. § 704 Abs. 2 und 3.

8. Das Gesuch um Erlassung des Vollstr.-Befehls ist definitiv zurückzuweisen, wenn Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben oder die Frist des § 641 abgelaufen ist. Dasselbe ist zur Zeit oder angebrachtermaßen zurückzuweisen, wenn es vor Ablauf der Frist (§ 632) oder ohne den Nachweis ordnungsmäßiger Zustellung (§§ 152 ff.) oder von einem Vertreter ohne Vollmachtsnachweis angebracht ist; dann kann es erneuert werden. Der Zurückweisungsbeschluß ist dem Gesuchsteller von Amtswegen zuzustellen. Dies folgt aus § 639 Abs. 2 vgl. mit § 540; die Frist zur sofortigen Beschwerde muß durch Zustellung in Lauf gesetzt werden.

§ 640.

Der Vollstreckungsbefehl steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten auf Versäumnis erlassenen Endurteile gleich. Gegen denselben findet der Einspruch nach den Vorschriften der §§ 303—311 statt. Gehört der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte, so wird bei dem Amtsgerichte nur darüber verhandelt und entschieden, ob der Einspruch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Die im § 637 bestimmte Frist beginnt in diesem Falle mit der Rechtskraft des Urteils, durch welches der Einspruch für zulässig erklärt ist.

Mot. S. 378, 379, 386. KPr. S. 316, 324—327, 561.

1. Ist der Vollstr.-Befehl formell rechtskräftig (§ 645), so hat er alle Wirkungen eines rechtskräftigen Endurteils zur Sache; insbesondere begründet er die exc. rei iud.

2. Die Gleichstellung mit einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteil hat zur Folge, daß der Vollstr.-Befehl vor Eintritt der formellen Rechtskraft vollstreckt werden kann.

3. Durch die Gleichstellung mit einem Versäumnisendurteil ist ausgesprochen, daß Einspruch, sowie Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§ 547 Abs. 2), nicht aber Berufung und Revision (arg. § 474) gegen den Vollstreckungsbefehl möglich ist.

4. Gehört der Anspruch vor die Amtsgerichte, so ist der Gläubiger zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache zu laden. Die Verhandlung erstreckt sich auf die Zulässigkeit des Einspruchs und auf die Hauptsache. Die Bem. Nr. 1—3 zu § 306 finden hierher entsprechende Anwendung. Ist der Einspruch zulässig, so wird der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis befand; der Schuldner kann also in der mündlichen Verhandlung alle Verteidigungsbehelfe vorbringen, welche er in einer auf rechtzeitigen Widerspruch stattfindenden mündlichen Verhandlung geltend machen konnte. Durch ein den Einspruch für zulässig erklärendes Zwischenurteil (vgl. Bem. Nr. 2

zu § 307) ist der Vollstr.-Befehl noch nicht aufgehoben. Auf das Endurteil finden die Bem. Nr. 1 und 2 zu § 308 Anwendung.

Erscheint der Schuldner, welcher den Einspruch eingelegt hat, in dem Termin zur mündl. Verh. nicht, so ist nach § 310 zu verfahren. Erscheint der Gläubiger nicht, so ist, falls der Einspruch bei der im § 306 vorzunehmenden Offizialprüfung sich als zulässig erweist, Versäumnisurteil nach § 295 zu erlassen. Dagegen steht der kontumazierten Partei Einspruch zu (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 310).

5. Für den Fall, daß der Anspruch vor die Landgerichte gehört, sollte nach den Entwürfen I—III der Einspruch durch Ladung zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache bei dem zuständigen Landgerichte eingelegt werden. Um zu verhüten, daß der Schuldner zu einem sachlich unzuständigen Gericht lade und durch solchen Fehlgriff in der Sache unterliege, hat die JK. d. RT., zurückkehrend zu dem norbd. Entw. § 763, die jetzige Fassung beschlossen. Danach ist der Einspruch auch in dem Falle, daß der Anspruch vor die Landgerichte gehört, durch Ladung zum Amtsgerichte einzulegen. Die Verhandlung und Entscheidung beschränkt sich aber auf die Formalien des Einspruchs (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 306). Es ist daher „zur mündlichen Verhandlung über die Zulässigkeit des Einspruchs" zu laden. Wurde „zur Verhandlung über die Hauptsache geladen", so kann der Schuldner die Unzuständigkeit des Amtsgerichts zur Verhandlung über die Hauptsache geltend machen und die Beschränkung der Verhandlung 2c. auf die Prüfung der Formalien herbeiführen.

Erachtet das Amtsgericht nach zweiseitiger mündlicher Verhandlung den Einspruch für zulässig, so ist der Vollstr.-Befehl durch Urteil aufzuheben. Im norbd. Entw. § 763, welcher über die Zulässigkeit des Einspruchs gleichfalls stets das Amtsgericht entscheiden ließ, war dies ausdrücklich gesagt. Wenn der Vollstr.-Befehl bestehen bliebe, so würde der Prozeß — entgegen dem § 307 — durch den Einspruch nicht in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor dem Eintritt der Versäumnis, also hier vor der Versäumung des Widerspruchs, befand. Auch würde das Fortbestehen des Vollstr.-Befehls nicht zu dem Schlußsatze des § 640 passen, welcher den Gläubiger im Falle der Zulässigkeit des Einspruchs auf den Weg der Klage drängt. [Vgl. Struckm. Koch N. 3 zu § 640, Gaupp III S. 116, Petersen S. 899, A. Förster N. 5a, Goldenring S. 494 u. a. Wilm. Levy N. 4 und Troll Verf.Urt. S. 222 lassen mit dem den Einspruch für zulässig erklärenden Urteil den Vollstr.-Befehl eo ipso außer Kraft treten, was auf dasselbe hinauskommt.] — Das Urteil kann selbständig mit Berufung und Revision angefochten werden (arg. „Rechtskraft" im Schlußsatz) und ist daher selbständiger Rechtskraft fähig [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 13]. Nach einem solchen Urteil dauert die mit Zustellung des Zahlungsbefehls eingetretene Rechtshängigkeit fort. Die Frist des § 637 endigt erst sechs Monate nach der Rechtskraft des Urteils.

Fehlt es an einer der Formalien des Einspruchs, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen. Dieses Urteil ist durch Berufung anfechtbar.

Erscheint der Schuldner im Termine nicht, so ist § 310 anwendbar. Erscheint der Gläubiger nicht, so ist die Zulässigkeit des Einspruchs gleichwohl ex officio zu prüfen (arg. § 306) und je nach dem Ergebnis dieser Offizialprüfung entweder der Einspruch als unzulässig zu verwerfen oder der Vollstreckungsbefehl aufzuheben. Dieses Urteil ist auch gegenüber dem Gläubiger nicht Versäumnisurteil (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 306). [AM. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 334].

Sind beide Parteien erschienen und darüber einverstanden, daß der Prozeß von dem Amtsgerichte entschieden werde, so kann ohne Zustellung einer Klageschrift sogleich zur Hauptsache verhandelt werden, vorausgesetzt, daß die Vereinbarung zulässig ist (vgl. § 40 Abs. 2).

Prorogation durch Ausschluß der Unzuständigkeitseinrede (§ 39) kann nicht wohl vorkommen, weil der Amtsrichter ohne vorgängige Zustimmung des Schuldners dem Gläubiger den mündlichen Vortrag der Klage nicht gestatten wird.

6. Die vorläufige Vollstreckbarkeit des Vollstreckungsbefehls hört mit Einlegung des Einspruchs nicht auf. Doch kann das Gericht nach § 657 die in § 647 vorgesehenen Anordnungen treffen. Erst wenn der Vollstr.-Befehl durch Urteil aufgehoben ist (also im Falle der Bem. Nr. 4 nicht schon mit dem etwaigen Zwischenurteil über Zulässigkeit des Einspruchs), hört die vorläufige Vollstreckbarkeit auf und zwar mit der Verkündung des Aufhebungsurteils (§ 655).

7. Nach Zustellung des Vollstr.-Befehls entstandene Einwendungen können sowohl mittels Einspruchs als durch Klage (§ 686) geltend gemacht werden (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 704).

§ 641.

Wird in dem Falle, wenn Widerspruch nicht erhoben ist, die Erlassung des Vollstreckungsbefehls nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche mit Ablauf der im Zahlungsbefehle bestimmten Frist beginnt, nachgesucht, so verliert der Zahlungsbefehl dergestalt seine Kraft, daß auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen. Dasselbe gilt, wenn die Erlassung des Vollstreckungsbefehls rechtzeitig nachgesucht ist, das Gesuch aber zurückgewiesen wird.

Mot. S. 386. KPr. S. 327, 561.

1. Ist die Frist des Abs. 1 ohne Antrag auf Vollstr.-Befehl abgelaufen, so sind die prozessualischen wie die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit erloschen und zwar ex tunc, wie wenn sie nie eingetreten gewesen wären. Ein nach dem Ablauf der Frist angebrachtes Gesuch um Erlassung des Vollstr.-Befehls muß folglich abgewiesen werden. Der Kläger kann natürlich das Mahnverfahren von vorne anfangen oder auch Klage stellen.

2. Der Schlußsatz „Dasselbe gilt, wenn — zurückgewiesen ist" kann sich nicht auf den Fall beziehen, daß Widerspruch erhoben ist; denn dieser Fall ist in §§ 635, 636, behandelt. Auf den Fall, daß das Gesuch um Zahlungsbefehl nicht definitiv, sondern nur als verfrüht, wegen Mangels des Nachweises der Zustellung des Zahlungsbefehls oder wegen Vollmachtsmangels, zurückgewiesen ward, paßt der Satz auch nicht; in diesem Fall kann der Zahlungsbefehl seine Kraft nicht mit der Zurückweisung, sondern erst dann verlieren, wenn die sechsmonatige Frist abgelaufen ist, ohne daß das Gesuch mit besserem Erfolg erneuert wurde. Der Satz muß sich also auf den Fall beziehen, daß das Gesuch, obwohl Widerspruch nicht erhoben ward, definitiv abgewiesen ist. Solche definitive Abweisung kann allerdings nur per nefas vorkommen, z. B. das Gericht versagt den Vollstr.-Befehl, indem es irrtümlich annimmt, daß Widerspruch erhoben sei. Bei definitiver Abweisung des Gesuchs hören mit Ablauf der Beschwerdefrist oder rechtskräftiger Verwerfung der Beschwerde die Wirkungen des Zahlungsbefehls auf.

§ 642.

Das Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls oder eines Vollstreckungsbefehls sowie die Erhebung eines Widerspruchs werden der anderen Partei abschriftlich nicht mitgeteilt; im Falle ihrer mündlichen Anbringung ist die Aufnahme eines Protokolls nicht erforderlich.

Mot. S. 386. KPr. S. 327, 561.

§ 643.

Des Nachweises einer Vollmacht bedarf es nicht, wenn für den Gläubiger die Erlassung eines Zahlungsbefehls nachgesucht oder für den Schuldner Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl erhoben wird.

Mot. S. 386. KPr. S. 327, 561.

Die Beibringung einer Vollmacht ist erforderlich für das Gesuch um Erlassung des Vollstreckungsbefehls (Mot. S. 386), sowie auch zur Einlegung des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl. Nach § 84 Abs. 2 ist der Mangel einer Vollmacht in diesen Fällen von Amtswegen zu berücksichtigen.

Achtes Buch.

Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

1. Litteratur: Eckstein die Zwangsvollstreckung der D. CPrO. system. dargestellt (Berlin 1880), Bunsen d. L. v. d. Zwangsvollstreckung auf Grund d. D. Just.-Ges. (Wismar 1885), Falkmann die Zwangsvollstreckung (Berlin 1888). Gaupp die Zwangsvollstreckung und das Mahnverfahren (Freiburg 1881 u. 1887) ist Sep.-Abdr. aus dessen Kommentar. Vgl. a. Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 113 ff.

2. Aus den Motiven S. 387 ff.: „Die CPrO. geht bei Regelung des Vollstreckungsverfahrens mehrfach von Grundsätzen aus, welche von den bisher in einem großen Teile Deutschlands geltenden abweichen.

I. Die Reihe der gesetzlich anerkannten Exekutionstitel (§§ 644, 702, 706) hat in den exekutorischen Urkunden (§ 702 Nr. 5) eine Vermehrung erfahren, welche gegenüber dem bestehenden gemeinen und preußischen Rechte von erheblichem Belange ist.

II. In betreff der Endurteile als Titel zur Zwangsvollstreckung hat sich die CPrO. den Grundsätzen des gemeinen und altländisch-preußischen Rechts angeschlossen, indem sie als Regel für die Zulässigkeit der Exekution ein rechtskräftiges Erkenntnis voraussetzt (§§ 644, 645).

Neben der sich hiernach ergebenden Regel konnte das Gesetz Ausnahmen nicht entbehren. Es statuiert

III. Endurteile, welche, obwohl noch dem Einspruche oder einem Rechtsmittel in der angenommenen Bedeutung des Worts (s. o. S. 559) unterliegend, vorläufig vollstreckbar sind (§§ 644, 648 ff.) — und zwar „vorläufig" nicht etwa in dem Sinne, daß der demnächstige Angriff des Urteils dessen Vollstreckbarkeit hemmt, sondern im Sinne einer exzeptionellen Vollstreckbarkeit gegenüber der regelmäßigen Vollstreckbarkeit eines rechtskräftigen Urteils.

IV. Die Ausführung der Zwangsvollstreckung soll nach dem Gesetz regelmäßig durch Gerichtsvollzieher erfolgen, welche, unmittelbar von den Parteien angegangen, ohne Leitung des Gerichts handeln (§ 674).

Die Mitwirkung des Gerichts tritt ein, wenn es sich um die Erledigung von Einwendungen des Schuldners oder dritter Personen gegen die Vollstreckung, oder um die Beseitigung von Anständen der verschiedensten Art, welche das Verfahren finden kann, oder um die Einleitung oder Durchführung eines Verteilungsverfahrens handelt (§§ 685—687, 690, 696, 704, 705, 758 ff.); auch sind gewisse Vollstreckungsakte, insbesondere die Zwangsvollstreckung im Ausland, in Forderungen und ähnliche Vermögensrechte, in das unbewegliche Vermögen, endlich die auf Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung

gerichtete Exekution den Gerichten zugewiesen (§§ 684, 698, 700, 723, 724, 729 ff., 755 ff., 772 ff., 780 ff.).

V. Der gleichen, auf Einfachheit und Präzision der Vollstreckung gerichteten Tendenz entspringt es, wenn das Gesetz, auch soweit die Anordnung von Vollstreckungshandlungen und die Mitwirkung bei solchen den Gerichten belassen ist, das Prozeßgericht als einheitlichen Mittelpunkt aufgegeben und jene Thätigkeiten einem Vollstreckungsgerichte zugewiesen hat, welches grundsätzlich nicht das Prozeßgericht ist, sondern nur möglicherweise mit demselben zusammenfällt; welches ferner (im Gegensatze zum französischen Rechte) grundsätzlich ein Amtsgericht und zwar, von Ausnahmen abgesehen, dasjenige Amtsgericht ist, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat (§ 684).

VI. Mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einer raschen und energischen Rechtshülfe hat endlich das Gesetz

1) weder bestimmte Exekutionsgrade aufgestellt, noch die Häufung verschiedener Exekutionsarten ausgeschlossen;
2) die Exekutionsfähigkeit richterlicher Urteile nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, wie gegenüber der preuß. AGO. I 24 § 3 (vgl. auch code de proc. art 156, code de commerce art. 643, PrO. von Baden § 851, Hannover § 536) zu konstatieren ist;
3) das in vielen Staaten Deutschlands (vgl. für das gemeine Recht Wetzell § 73 Ed. III S. 985, 986) bestehende Befriedigungsgebot — monitorischer Zahlungsbefehl, Vollstreckungs-, Vollziehungsgebot, executoriales — nicht übernommen und ebensowenig
4) dem Gerichte die Befugnis eingeräumt, im Urteil eine den Umständen des Falls angemessene Erfüllungsfrist (vgl. Wetzell § 47 Note 104 ff. Ed. III S. 597 ff.) zu bestimmen (EG. § 14 Nr. 4).

VII. Es leuchtet ein, daß bei Aufgabe der einheitlichen Leitung der Vollstreckung von einem Mittelpunkte aus andere Garantien nötig werden, durch welche eine feste Ordnung des Verfahrens erzielt und Verwirrungen vorgebeugt wird. Abgesehen von der hier nicht zu regelnden Kontrole der Gerichtsvollzieher und den nötigen Instruktionsvorschriften dient diesem Zwecke eine Reihe an diesem Orte nur anzudeutender Bestimmungen des Gesetzes.

Der Gerichtsvollzieher hat lediglich das Formale der Vollstreckung; er darf (abgesehen von den Fällen der §§ 704 Abs. 1, 705 Abs. 2, 809 Abs. 1) nur auf Grund einer mit dem gerichtlichen Atteste der Vollstreckbarkeit (Vollstreckungsklausel) versehenen Ausfertigung des Exekutionstitels vorgehen (§§ 662, 663, 669, 671, 675 ff., 703, 705) und dieses Attest darf, abweichend von dem französischen und bayerischen Rechte, erst nach vorgängiger Feststellung des Vorhandenseins aller Vorbedingungen der Vollstreckbarkeit — vollständige Bestimmtheit des Anspruchs, Eintritt der Rechtskraft, Existenz der Bedingung, Fälligkeit, genaue Eruierung der Person, für und gegen welche vollstreckt werden soll 2c. — erteilt werden (§§ 664—667, 671, 693 ff., 703 ff.).

Die Fälle, in denen der Gerichtsvollzieher die begonnene Zwangsvollstreckung einzustellen bzw. wieder aufzuheben hat, sind fixiert (§§ 691, 692, 655); die möglichen Widersprüche des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung, je nachdem sie gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung, den Modus der Ausführung oder den Anspruch selbst gerichtet sind, nach Form und Prozedur eingehend geordnet (§§ 668, 685—687, 696, 703—707); endlich ist dem Ermessen des Richters möglichst freie Bewegung in Bezug auf Vorsichts- und Sicherheitsmaßregeln, sowie in Bezug auf Hemmung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eingeräumt worden (§§ 647, 651, 657, 668, 685, 688—690, 696 Abs. 3, 703).

VIII. Das Gesetz behandelt nur das gerichtliche Vollstreckungsverfahren; die administrative Exekution und die von den Gerichten oder gerichtlichen Beamten den Verwaltungsbehörden zu leistende Rechtshülfe liegt außerhalb der Prozeßordnung.

Ebensowenig trifft das Gesetz besondere Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung gegen den Fiskus, die Gemeinde- und andere kommunale Verbände sowie gegen Korporationen. Insoweit es sich um die Verfolgung dinglicher Ansprüche handelt, fehlt es an Gründen, Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften eintreten zu lassen. Insoweit dagegen Zwangsvollstreckungen wegen Geldforderungen in Betracht kommen, erscheint es notwendig, der Landesgesetzgebung Raum für Beschränkungen zu gewähren (EG. § 15 Nr. 4)."

3. Im achten Buche sind die Ausdrücke **Gläubiger** und **Schuldner** im Sinne von Exekutionssucher und Exequendus gebraucht, ohne Rücksicht auf die Natur des Anspruchs.

4. Die Gerichtsferien sind auf das Zwangsvollstreckungsverfahren einschließlich der vorbereitenden Akte, wie z. B. Erteilung des Rechtskraftzeugnisses und der Vollstreckungsklausel, ohne Einfluß (GVG. § 204). [Vgl. OLG. Jena SA. XXXIX Nr. 170.]

5. Die Vorschriften des 8. Buchs der CPrO. kommen nach StPrO. § 495 auf die Vollstreckung von Entscheidungen zur Anwendung, in welchen auf Vermögensstrafe oder Buße erkannt ist. [Vgl. Wilm. Levy N. 1 zu § 662, Gaupp III S. 161, Petersen S. 630 f., RG. 20. Mai 1881 Entsch. I Nr. 86 S. 233 ff. Dagegen Struckm. Koch N. 3 zu § 662, A. Förster N. 6 zu § 662, Löwe StPrO. § 495 N. 3, Jastrow Goltd. Arch. f. StrR. XXXIII S. 29 ff. Vgl. auch preuß. Gesch.-Anw. f. GV. § 108 Abs. 2, 3.]

6. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 12, 13 Abs. 2, 26 Nr. 8, 9, 35, 39, 47 Nr. 13, 14, 42, 43 in der Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 10, 20, 23, 31—36.

§ 644.

Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurteilen, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind.

Urteile in Ehesachen dürfen nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

Mot. S. 387, 388, 392, 393. KPr. S. 327—330, 562.

1. Zu Abs. 1: Zu den Endurteilen gehören die Teilurteile. Die nach §§ 502, 562 unter Vorbehalt ergangenen Urteile sind hinsichtlich der Zwangsvollstreckung den Endurteilen ausdrücklich gleichgestellt. Zwischenurteile, durch Eid bedingte Urteile und Feststellungsurteile sind ihrem Inhalt nach nicht zur Zwangsvollstreckung geeignet.

2. Zu Abs. 2: Über den Begriff „Ehesachen" s. § 598. — Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist ferner ausgeschlossen in §§ 613 Abs. 1, 620, 624. Vgl. auch § 658.

3. Die Vollstreckbarkeit eines Urteils ist zeitlich nicht beschränkt. Beschränkende Bestimmungen des Landesrechts (z. B. preuß. AGO. I 24 § 3, code de proc. art. 156, code de comm. art. 643) sind aufgehoben. Die Anspruchsverjährung bleibt unberührt.

§ 645.

Die Rechtskraft der Urteile tritt vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels oder des Einspruchs gehemmt.

Mot. S. 393. KPr. S. 331—334, 562.

1. Der § 645 erläutert den Ausdruck „rechtskräftig" in § 644.

a) Urteile, gegen welche weder ein Rechtsmittel (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 S. 559) noch Einspruch zulässig ist, werden mit der Verkündung rechtskräftig. Hierzu gehören Urteile des Reichsgerichts und der Landgerichte als Berufungsinstanz, soweit sie nicht Versäumnisurteile sind, sowie Urteile, welche nach Zurücknahme der Klage nur im Kostenpunkt entscheiden (s. Bem. Nr. 5 litt. b zu § 243 und Bem. Nr. 4 zu § 94). Urteile der Oberlandesgerichte sind, auch wenn die Revisionssumme fehlt, nicht sofort rechtskräftig, weil § 509 die Revision aus gewissen Gründen ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zuläßt [so auch Brettner Ztschr. f. d. CPr. I S. 237, vgl. auch Haarmann eod. S. 385

und Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 280 N. 34]; nur wenn der Kläger vom Landgerichte mit der Klage abgewiesen und die dagegen erhobene Berufung verworfen ist, ohne daß Unzuständigkeit des Gerichts, Unzulässigkeit des Rechtswegs oder der Berufung dabei in Frage gekommen, tritt sofortige Rechtskraft des oberlandesgerichtlichen Urteils ein. [Vgl. RG. 25 Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 117 S. 381, 26. Sept. 1882 VIII Nr. 102 S. 357.]

b) Gegen Versäumnisurteile aller Instanzen mit Ausnahme der nach § 216 Abs. 2 oder § 310 ergangenen ist Einspruch zulässig. Die Versäumnisurteile, gegen welche Einspruch zulässig ist, werden rechtskräftig mit Ablauf der Einspruchsfrist. Die rechtzeitige Einlegung des Einspruchs hemmt den Eintritt der Rechtskraft.

c) Von den Amtsgerichten und den Landgerichten in erster Instanz erlassene Urteile, welche nicht Versäumnisurteile sind, und solche Versäumnisurteile, gegen welche kein Einspruch zulässig ist, werden rechtskräftig mit Ablauf der Berufungsfrist. Die Rechtskraft eines nicht mit Einspruch sondern nur in beschränktem Maße (§ 474) mit Berufung anfechtbaren Versäumnisurteiles ist hiernach weiter hinausgeschoben, als die eines dem Einspruch zugänglichen Versäumnisurteils. Dies ist wegen § 648 Nr. 3 ungefährlich. Die rechtzeitige Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft.

d) Von den Oberlandesgerichten erlassene Urteile, welche nicht Versäumnisurteile sind, und solche Versäumnisurteile, gegen welche kein Einspruch zulässig ist, werden rechtskräftig mit Ablauf der Revisionsfrist. Die rechtzeitige Einlegung der Revision hemmt den Eintritt der Rechtskraft.

2. Die ordnungsmäßige Einlegung eines Rechtsmittels oder des Einspruchs hemmt den Eintritt der Rechtskraft des *ganzen Urteils*, nicht bloß desjenigen Teils, welcher im Einlegungsakte angegriffen wird; denn die Erweiterung des Angriffs ist bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung möglich (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 480, Bem. Nr. 1 zu § 496, Bem. Nr. 2 Abs. 1 zu § 516, Bem. Nr. 1 zu § 522, dann § 523). Aus der Möglichkeit der Anschließung an die Rechtsmittel der Berufung und Revision folgt, daß bei Einlegung eines Rechtsmittels auch der Teil des Urteils, welcher zu Gunsten der das Rechtsmittel einlegenden Partei lautet, trotz Ablauf der Rechtsmittelfrist für den Gegner nicht die Rechtskraft beschreitet (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 482 und Bem. Nr. 1 zu § 518).

3. Wegen der Rechtskraft der nach § 248 Abs. 2 und § 276 Abs. 2 möglichen Endurteile, welche auf einem noch nicht rechtskräftigen Zwischenurteil beruhen, s. Bem. Nr. 4 zu § 248 und Bem. Nr. 4 Abs. 2 zu § 276.

4. Der Verzicht auf den Einspruch oder auf das zustehende Rechtsmittel bewirkt die Rechtskraft des Urteils; denn der Verzicht macht Einspruch und Rechtsmittel unzulässig. Wenn und solange aber auch der Gegner dessen, der auf das Rechtsmittel verzichtet, das Rechtsmittel einlegen kann, hat der Verzicht jene Wirkung nicht, weil er die Anschließung an das Rechtsmittel des Gegners nicht hindert (§ 482 Abs. 1). Verzichten beide Parteien auf Rechtsmittel, so tritt die Rechtskraft sofort ein. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 129, Petersen S. 906, A. Förster N. 2, Falkmann Zwangsvollstr. S. 9. AM. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 286 ff., auf Grund der unhaltbaren Annahme, die Zulässigkeit in § 640 bedeute nicht die Zulässigkeit im einzelnen Fall; ferner Troll Verf.Urt. S. 208 wegen der Möglichkeit durch Vereinbarung den Verzicht außer Kraft zu setzen, aber deswegen macht der Verzicht doch das Rechtsmittel unzulässig, solange er nicht außer Kraft gesetzt ist.] Gilt die Zurücknahme des Einspruchs oder des Rechtsmittels als Verzicht — darüber vgl. Bem. g. E. zu § 311 und Bem. Nr. 5 litt. a zu § 476 — so wirkt die Zurücknahme wie der Verzicht. [AM. Schwalbach a. a. O. S. 306.]

§ 646.

Zeugnisse über die Rechtskraft der Urteile sind auf Grund der Prozeßakten vom Gerichtsschreiber erster Instanz und, solange der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieser Instanz zu erteilen.

Insoweit die Erteilung des Zeugnisses davon abhängt, daß gegen das Urteil ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist, genügt ein Zeugnis des Gerichtsschreibers des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts, daß innerhalb der Notfrist ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung nicht eingereicht sei.

Mot. S. 393, 394. KPr. S. 334, 562.

1. Zeugnisse über die Rechtskraft können nötig werden mit Rücksicht auf Statusverhältnisse, Amortisation von Urkunden, Eintragungen im Hypothekenbuch u. dgl. (Mot. S. 393, nordd. Prot. IV S. 2008). Vgl. preuß. Ges. über den Eigentumserwerb an Grundstücken v. 5. Mai 1875 §§ 3, 14, 19 Nr. 2, 53; preuß. Grundb.-Ordn. § 94 Nr. 2 und 4. Ist ein Urteil schon mit der Verkündung rechtskräftig (vgl. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 645), so bedarf es keines Rechtskraftzeugnisses. — Die Zwangsvollstreckung erfolgt nicht auf Grund eines Zeugnisses über die Rechtskraft, sondern auf Grund der Vollstreckungsklausel (§§ 662, 663). Übrigens bezieht sich Abs. 2 des § 646 auch auf die behufs Erlangung der Vollstreckungsklausel verlangten Zeugnisse.

2. Da das Zeugnis über die Rechtskraft ebenso wie die Vollstreckungsklausel auf Grund der Prozeßakten zu erteilen ist, so ist die Erteilung dem Gerichtsschreiber der Instanz zugewiesen, bei welcher sich die Prozeßakten befinden. Das ist die erste Instanz, wenn nicht der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist. Anhängig ist zwar der Rechtsstreit in einer höheren Instanz erst von der Zustellung der Rechtsmittelschrift an. Weil aber der Gerichtsschreiber, bei dem sich die Akten befinden, zuständig ist und nach § 506 der Gerichtsschreiber der Rechtsmittelinstanz die Akten einfordert, sobald die Rechtsmittelfrist zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht ist, so ist von diesem Zeitpunkt an der Gerichtsschreiber der höheren Instanz zuständig. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, RG. 7. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 122 S. 387.] Dessen Zuständigkeit dauert fort nicht bloß bis zur Verkündung des Urteils der Rechtsmittelinstanz, sondern solange das Verbleiben der Akten bei der Rechtsmittelinstanz für die Abfassung, Ausfertigung und den Aushang des Urteils erforderlich ist [vgl. KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XI S. 104. AM. Marcus eod. S. 105]. Ein gerichtlicher oder dem Gericht angezeigter Vergleich erledigt die Rechtsmittelinstanz; nicht das Ausbleiben beider Parteien im Verhandlungstermin [aM. Schneider Arch. f. c. Pr. LXIV S. 425]. Der Gerichtsschreiber der höheren Instanz hat hiernach die Rechtskraft zu bezeugen, wenn Teile von Urteilen der Vorinstanz oder Teilurteile der Rechtsmittelinstanz die Rechtskraft beschreiten [vgl. RG. 9. August 1887 Entsch. XVIII Nr. 99 S. 424], ferner, wenn ein nur von einem oder gegenüber einem Streitgenossen angefochtenes Urteil gegenüber dem anderen Streitgenossen rechtskräftig geworden ist [vgl. RG. 16. Juni 1880 SA. XXXVI Nr. 87], aber auch bezüglich der bestätigten Urteile der Vorinstanz, solange die Akten bei dem Rechtsmittelgericht erforderlich sind.

3. Ob die Rechtskraft eingetreten ist, hat der Gerichtsschreiber zu prüfen. Das Gesetz verweist ihn zunächst auf die Prozeßakten. Daraus allein kann er aber die Rechtskraft nicht ersehen, wenn ein Rechtsmittel oder der Einspruch zugelassen ist, weil der Zustellungsnachweis fehlt (anders nur, soweit Zustellung von Amtswegen erfolgt, § 582). Daher hat, wer das Zeugnis verlangt, die Zustellung nachzuweisen. Mit der Zustellung ist die Eröffnung, nicht der

Ablauf der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist dargethan. Daß Einspruch nicht eingelegt ist, kann der Gerichtsschreiber aus seinen Akten ersehen. Nicht aber, daß ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist; deshalb wird er regelmäßig von der Partei das in Abs. 2 erwähnte Zeugnis des Gerichtsschreibers des Obergerichts verlangen. Auf dieses Zeugnis hin muß der Gerichtsschreiber der unteren Instanz die Rechtskraft bezeugen. Doch ist das Zeugnis nicht absolut notwendig. Die Motive (S. 394) sagen dies ausdrücklich; sie fügen bei:

„Unter Umständen wird schon der Ablauf der Rechtsmittelfrist in Verbindung mit der Nichteinforderung der Akten in die höhere Instanz (§§ 506, 529), ein nachgewiesener Verzicht ꝛc. ihm die zur Erteilung des Attestes notwendige Überzeugung gewähren. Bei seiner ununterbrochenen geschäftlichen Verbindung mit dem Vorsitzenden des Gerichts wird er sich in zweifelhaften Fällen leicht mit diesem in Einvernehmen setzen können (vgl. norbd. Prot. IV S. 1973, 1974)."

Dies steht mit dem Gesetzestexte im Einklang. „Genügt" bezeichnet, womit sich der Gerichtsschreiber begnügen, nicht, was er fordern muß. — Es kann vorkommen, daß ein Termin zum Zwecke der Einlegung eines Rechtsmittels nachgesucht und bestimmt wurde, daß aber die Einlegung, d. i. die Zustellung des Schriftsatzes mit der Ladung, unterblieb. Dann wird der Gerichtsschreiber der Rechtsmittelinstanz, welchem nach Bem. Nr. 2 die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses zufiele, das Zeugnis nicht erteilen. Dagegen kann der Gesuchsteller die Entscheidung des Gerichts nachsuchen (§ 539); dieses kann den Gegner zur Erklärung auffordern oder auch mündliche Verhandlung anordnen (arg. § 536) und so die Sache erledigen. [Vgl. Wilm. Levy N. 5, Petersen S. 907 f., A. Förster N. 3a, Hellmann Lehrb. S. 802, Falkmann Zwangsvollstr. S. 15. Das von Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 333 ff., vgl. a. Scherer eod. V S. 490, vorgeschlagene Auskunftsmittel — Abforderung der Handakten des Schuldners — ist nicht brauchbar, denn der Gerichtsschreiber ist dazu nicht befugt, und die Partei nicht verpflichtet ist, ihm die Akten zu geben. Ebensowenig ist der von Struckm. Koch N. 5 Abs. 4 und Kleiner III S. 11 N. 6 vorgeschlagene Ausweg — Ladung des Schuldners durch den Gläubiger vor die Rechtsmittelinstanz und Antrag auf Verwerfung des Rechtsmittels — gangbar, weil das Rechtsmittel noch nicht eingelegt ist.]

Der Gerichtsschreiber, von welchem das Zeugnis der Rechtskraft verlangt wird, kann dieses Zeugnis auch ausstellen, obwohl er weiß, daß ein Rechtsmittel oder der Einspruch eingelegt ist, wenn er das Rechtsmittel oder den Einspruch für unzulässig oder verspätet erachtet (Mot. S. 394). Der Gerichtsschreiber kann das Zeugnis der Rechtskraft auch erteilen, wenn er die Einlegung des Einspruchs oder Rechtsmittels für ungültig hält [vgl. Haas Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 838 f., Falkmann Zwangsvollstr. S. 13 N. 8]. Daß Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Notfrist nachgesucht ist, hindert die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses nicht, weil das Wiedereinsetzungsgesuch die Rechtskraft nicht rückgängig macht (arg. § 647) [vgl. Hellmann Lehrb. S. 801, Troll Vers.-Urt. S. 207].

4. Gegen die das Zeugnis über die Rechtskraft verweigernde Entscheidung des Gerichtsschreibers kann binnen der Notfrist des § 540 die Entscheidung des Prozeßgerichts nachgesucht werden; dieses hat das Gesuch, wenn es demselben nicht entsprechen will, dem Beschwerdegericht vorzulegen (arg. §§ 539, 540 Abs. 4, 701). Die Anwendbarkeit des § 540 und daher der zweiwöchigen Notfrist folgt aus § 701; denn die Erteilung des Zeugnisses ist regelmäßig ebenso wie die der Vollstreckungsklausel Einleitungsakt und daher Bestandteil des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Dafür spricht ferner die Stellung des § 646 unter Zwangsvollstreckung. Daß das Zeugnis unter Umständen auch zu anderen Zwecken benutzt werden kann, beweist nichts dagegen. [AM. Struckm. Koch 5. Aufl. N. 6, Wilm. Levy N. 5 a. E.; unbestimmt RGEntsch. IX S. 386.] Etwas anderes ist, daß das Gesuch um Erteilung des Zeugnisses erneuert und gegen dessen wiederholte Ablehnung wieder die Entscheidung des Gerichts nachgesucht werden

kann. Gegen die Bewilligung des Zeugnisses steht dem Gegner keine Provokation an das Gericht zu (arg. a contr. § 668).

5. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 38, 39; GO. f. RA. §§ 24, 25.

§ 647.

Wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder eine Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt, so kann das Gericht auf Antrag anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde, und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung ist nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Mot. S. 394, 395. KPr. S. 334, 562.

1. Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 211 ff.) und die Wiederaufnahmeklagen (§§ 541 ff.) heben die eingetretene Rechtskraft nicht auf und hemmen an und für sich die Zwangsvollstreckung nicht. Auf Antrag kann jedoch angeordnet werden:

a) daß die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde. Auf die Sicherheitsleistung ist § 101 anwendbar. Die Hinterlegung des Streitgegenstandes ist daher als Sicherheitsleistung nicht zulässig. Zwar sagen die Motive S. 394:

> „Die Zulassung der Hinterlegung des Streitgegenstandes durch den Schuldner war nicht besonders zu erwähnen, da sie nur eine Art der sowohl vom Schuldner als vom Gläubiger zu leistenden Sicherheit darstellt."

Da jedoch in §§ 652 Abs. 2, 659, 691 Nr. 3, 716 Abs. 2, 738 die Hinterlegung neben der Sicherheitsleistung ausdrücklich genannt ist, so ist aus der Nichterwähnung in § 647 die Unzulässigkeit zu folgern. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy 4. Aufl. N. 6, Petersen S. 910, Hellmann Komm. III S. 10 u. a., RG. 15. März 1883 Entsch. X Nr. 92 S. 316.] Das Gericht bestimmt die Höhe der Sicherheit. Wegen der Rechte des Schuldners an der Sicherheit vgl. Bem. Nr. 4 zu § 709.

b) Daß die Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung eingestellt werde. Diese Anordnung kann nur getroffen werden, wenn der Schuldner glaubhaft macht (§ 266), daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Soweit hiernach Einstellung ohne Sicherheitsleistung möglich ist, kann auch Einstellung gegen Hinterlegung des Streitgegenstandes angeordnet werden.

c) Daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Da dem Gläubiger durch die Vollstreckungsmaßregeln Rechte erworben sind, so kann die Aufhebung nur gegen Sicherheitsleistung angeordnet werden [vgl. RG. 15. März 1883 Entsch. X Nr. 92 S. 316]. Wegen der Sicherheitsleistung gilt das ad a Bemerkte.

2. Die Entscheidung über den Antrag auf Einstellung der Vollstreckung rc. steht dem Gerichte zu, welches über die Anfechtung selbst zu entscheiden hat, da wesentlich deren voraussichtlicher Erfolg zu berücksichtigen ist. Sie kann bei dem ersten Anbringen der Anfechtung und deshalb ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. — Die

Anfechtung der Entscheidung über den Einstellungsantrag könnte der Entscheidung in der Hauptsache präjudizieren und erscheint deshalb unzweckmäßig. Da die Einstellung nur eine einstweilige ist, so kann sowohl das Instanzgericht als im Laufe einer höheren Instanz das Gericht dieser Instanz jederzeit eine andere Anordnung erlassen; damit ist dem Bedürfnisse einer Änderung der ersten Entscheidung genügt (Mot. S. 395). [Vgl. jedoch RG. 2. Okt. 1886 Beitr. z. E. d. RD. XXXI S. 106, wo Beschwerde gegen den abweisenden Beschluß aus dem Grunde, daß das Gericht mit Unrecht die Voraussetzungen des § 647 als nicht vorhanden erachtet habe, zugelassen wird.]

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 4.

§ 648.

Auch ohne Antrag sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären:

1) Urteile, welche auf Grund eines Anerkenntnisses eine Verurteilung aussprechen (§ 278);
2) Urteile, welche den Eintritt der in einem bedingten Endurteile ausgedrückten Folgen aussprechen;
3) ein zweites oder ferneres in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenes Versäumnisurteil;
4) Urteile, welche im Urkunden- oder Wechselprozesse erlassen werden;
5) Urteile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden;
6) Urteile, welche die Verpflichtung zur Entrichtung von Alimenten aussprechen, soweit die Alimente für die Zeit nach der Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Mot. S. 388, 395–397, 399, 454, 455. KPr. S. 334–339, 562, 563, 725–731.

1. Litteratur zu §§ 648, 649: Brettner Ztschr. f. d. CPr. I S. 236 ff., Hallbauer Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 14 ff., Boost Wenglers Arch. 1881 S. 321, Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 123 ff., Auerbach Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 615 ff.

2. Aus Endurteilen, welche für vorläufig vollstreckbar erklärt sind, findet die Zwangsvollstreckung vor Eintritt der Rechtskraft statt. Die vorläufige Vollstreckbarkeit cessiert nicht bei Einlegung des Einspruchs oder eines Rechtsmittels (vgl. § 657). Urteile, welche mit der Verkündung die Rechtskraft beschreiten (s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 645), sind nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären, weil sie ipso iure sofort vollstreckbar sind. Die Vorschriften des § 648 — vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung von Amtswegen — und des § 649 — vorl. Vollstr.-Erkl. auf Antrag — gelten, soweit nicht aus § 648 Nr. 1, 2, 3 sich Beschränkungen ergeben, für kontradiktorische und für Versäumnisurteile; sie gelten für Urteile aller Instanzen.

3. Vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung. a) Wird in den Fällen der §§ 648 Nr. 1 bis 4, Nr. 6, 649, 650 eine Verurteilung des Beklagten oder Widerbeklagten in der Hauptsache und im Kostenpunkte ausgesprochen, so erstreckt sich die vorläufige Vollstreckbarkeit auch auf die Verurteilung des Beklagten oder Widerbeklagten im Kostenpunkte. Der hann. Entw. § 646 Abs. 3 und die württ. PrO. § 684 Abs. 4 verboten nach dem Vorbilde des code de proc. art. 137 die vorläufige Vollstreckung der Kostenentscheidung. Die nordd. Komm. lehnte einstimmig die Aufnahme einer derartigen Vorschrift

ab, weil ein solches Verbot, namentlich in Versäumnisfällen, die Parteien nutzlos belästige (norddd. Prot. S. 2100). Auch die späteren Entwürfe enthalten kein Verbot der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung, folgen also dem norddd. Entwurfe. Die Entstehungsgeschichte beweist, daß man die Kostenentscheidung jedenfalls nicht schlechthin von der vorläuf. Vollstreckbarkeit ausnehmen wollte. Da die Verurteilung des in der Hauptsache unterliegenden Beklagten (Widerbekl.) zur Tragung der Prozeßkosten ein Accessorium der Verurteilung in der Hauptsache ist und Nebenansprüche im allgemeinen, so z. B. auch im Konkurse, an den Privilegien des Hauptanspruchs teilnehmen, so erstreckt sich in diesem Falle die vorläuf. Vollstreckbarkeit auch auf die Kosten. [So auch Struckm. Koch N. 5 zu §§ 648 bis 659, Wilm. Levy N. 2 zu § 648, Gaupp III S. 136, Petersen S. 913, v. Sarwey II S. 99 f. u. a. AM. Siebenhaar S. 614 N. * ohne Begründung, Hellmann Komm. III S. 11 mit irrtümlicher Begründung aus §§ 702 und 703. Nicht der Kostenfestsetzungsbeschluß für sich, sondern das dessen Unterlage bildende Urteil ist der Vollstreckungstitel.] b) Anders liegt die Sache, wenn der Kläger oder Widerkläger ganz oder teilweise zur Tragung der Prozeßkosten verurteilt wird. Daß die Verurteilung des Klägers im Kostenpunkte nicht auf Grund des § 648 Nr. 1 und 6 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, ist ohne weiteres klar. Das Gleiche muß aber auch für alle anderen Fälle behauptet werden. Nicht bloß kennt das franz. Prozeßrecht, welchem die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile mehr oder weniger nachgebildet ist, keine vorläufige Vollstreckbarkeit des Kostenanspruchs, sondern es treffen auch die Erwägungen, welche in dem Falle ad a zur Ausdehnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf die Kosten führten, hier nicht zu. Daß die Ausschließung der Kosten von der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Hauptanspruchs die Parteien nutzlos belästige, kann man hier nicht sagen. Der Anspruch des Beklagten oder Widerbeklagten auf Kostenerstattung ist kein accessorischer, sondern ein selbständiger; von einer Teilnahme desselben an den Privilegien des Hauptanspruchs kann also nicht die Rede sein. Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis nach vorläufiger Vollstreckbarkeit des den Kläger zur Kostenerstattung verurteilenden Urteils. Zur Unterstützung mag noch angeführt werden, daß § 655 Abs. 2 nur von einer Verurteilung des **Klägers** zur Erstattung des auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils Gezahlten oder Geleisteten an den **Beklagten** redet. Speziell gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit der Verurteilung des Klägers im Kostenpunkte aus §§ 649 Nr. 4 besteht der Einwand, daß sich bei Erlassung des Urteils nicht immer absehen läßt, ob der Kostenerstattungsanspruch die Summe von 300 ℳ übersteigt. Aus diesen Gründen ist die vorläufige Vollstreckbarkeit der Verurteilung des Klägers im Kostenpunkte als unzulässig zu erachten. [So auch Hallbauer a. a. O., speziell zunächst mit Bezug auf § 649 Nr. 4, aber auch allgemein S. 35, Wilm. Levy N. 4 zu § 649, spez. zunächst zu § 649 Nr. 4. AM. Struckm. Koch N. 5 zu §§ 648—659 allgemein, Gaupp III S. 136, 140 für die Fälle des § 648 Nr. 2, 3, 4, § 649 Nr. 1—4, Petersen S. 913 allgemein, Just a. a. O. S. 123 ff., 133 ff. für die Fälle des § 649 Nr. 1—3, teilweise auch für § 649 Nr. 4, Boost und Auerbach a. a. O. spez. im Falle des § 649 Nr. 4; wie Just wohl auch Hellmann Lehrb. S. 808 f.]

4. Zu Nr. 1: **Gerichtliches** Anerkenntnis i. S. des § 278 wird vorausgesetzt.

5. Zu Nr. 3: Nicht bloß das Versäumnisurteil auf Grund des § 310, sondern jedes zweite oder fernere Vers.-Urteil gegen den Beklagten, vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 310; ferner das den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl abweisende Vers.-Urteil [vgl. Brettner a. a. O. S. 238, Meyer Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 182].

6. Zu Nr. 4: Einerlei, ob das Urteil mit oder ohne Vorbehalt der Rechte erging. Darüber, ob die **vorläufige** Vollstreckbarkeit des Vorbehaltsurteils mit dessen formeller Rechtskraft in definitive Vollstreckbarkeit übergehe, vgl. Bem. Nr. 3 zu § 562.

7. Zu Nr. 5: Aus den Motiven: „Alle Urteile, durch welche Arreste aufgehoben werden (§§ 805—807), sollen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Es sind darunter auch diejenigen Urteile zu verstehen, welche eine Abänderung des Arrestes zu Gunsten des Schuldners enthalten. . . . . Als Regel kann, wie bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils, nicht die Fortdauer der vorläufigen Maßregel des Arrestes nach dessen Aufhebung durch ein wenn auch nicht rechtskräftiges Urteil gelten; nicht die sofortige Aufhebung des Arrestes, sondern die Fortdauer desselben muß durch besondere Umstände gerechtfertigt werden."

8. Zu Nr. 6: Über den Begriff „Alimente" s. Windscheid Pand. II § 475, Schanze Arch. f. c. Pr. LXIX S. 243 ff. Die nach dem Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 3 Nr. 2 dem Geschädigten zuerkannte Entschädigung fällt nicht unter den Begriff „Alimente" [so auch Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 452 N. 35, Berl. OTr. SA. XXXV Nr. 128, ROHG. 5. Sept. 1877 Entsch. XXII Nr. 74 S. 324, 8. März 1878 XXIII Nr. 77 S. 219, RG. 23. Jan. 1880 Entsch. I Nr. 85 S. 232. AM. Posseldt Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 344, v. Krävel Mag. f. DR. IV S. 73 ff.]; wohl aber die nach § 3 Nr. 1 dess. Ges. einem dritten, welcher gegen den Getöteten Anspruch auf Unterhalt hatte, zustehende Ersatzforderung gegen den Unternehmer [vgl. Mandry a. a. O. S. 452, Dernburg pr. PrR. II § 297 N. 9, Stegemann Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 30 ff., Schanze a. a. O. S. 254; vgl. ROHG. Entsch. XXII S. 325 Note].

§ 649.

Urteile sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn sie betreffen:

1) Streitigkeiten zwischen Vermietern und Mietern von Wohnungs- und anderen Räumen wegen Überlassung, Benutzung und Räumung derselben sowie wegen Zurückhaltung der vom Mieter in die Mietsräume eingebrachten Sachen;
2) Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- und Arbeitsverhältnisses, sowie die im § 108 (jetzt § 120a) der Gewerbeordnung bezeichneten Streitigkeiten, insofern dieselben während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen;
3) Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirten, Fuhrleuten, Schiffern, Flößern oder Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen, welche über Wirtszechen, Fuhrlohn, Überfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe und über Verlust und Beschädigung der letzteren, sowie Streitigkeiten zwischen Reisenden und Handwerkern, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind;
4) andere vermögensrechtliche Ansprüche, sofern der Gegenstand der Verurteilung an Geld oder Geldeswert die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt; in betreff des Wertes des Gegenstandes kommen die Vorschriften der §§ 3—9 zur Anwendung.

Mot. S. 297, 396. KPr. S. 339, 563, 725—731, 745, 746. 168. Sitz. S. 7—13.

1. Nach dem Entwurfe sollten alle Urteile der Amtsgerichte ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Die JK. d. RT. beschloß, die vorläufige Vollstreckbarkeit der in § 649 bezeichneten Urteile von einem Antrag abhängig zu machen, andererseits aber die

vorl. Vollstreckbarkeit nicht bloß dann eintreten zu lassen, wenn diese Urteile von Amtsgerichten, sondern auch, wenn dieselben von höheren Gerichten in erster oder zweiter Instanz erlassen werden. § 649 ist also insbesondere auch dann anwendbar, wenn einer der in § 649 bezeichneten Prozesse in erster Instanz vor einem Landgerichte entschieden wird.

2. Zu Nr. 1—3: Vgl. GVG. § 23 Nr. 2 Abs. 1—3. An Stelle des früheren § 108 der Gew.-Ordn. ist jetzt § 120a getreten (s. die neue Redaktion RGBl. 1883 S. 177). — Auch Prozesse, in denen auf Grund Anfechtung des Mietsvertrags oder Rücktrittrechts zur Räumung verurteilt wird, gehören hierher [vgl. Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXVI S. 223 ff.].

3. Zu Nr. 4: Vgl. GVG. § 23 Nr. 1. Wegen des Begriffs „vermögensrechtliche Ansprüche" s. Bem. Nr. 2 zu § 21. Auch in Prozessen, deren Streitgegenstand mehr als 300 ℳ beträgt, sind Urteile auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, insofern sie zu einer Leistung verurteilen, deren Gegenstand die Summe von 300 ℳ nicht übersteigt (KPr. S. 746 und Prot. d. 168. Sitz. S. 7—13).

4. Wegen der Antragstellung s. § 653. Ist die vorläufige Vollstreckbarkeit beantragt, so muß, vorbehaltlich des § 652 Abs. 2, dem Antrag stattgegeben werden.

5. Urteile in Streitigkeiten wegen Viehmängel, wegen Wildschadens und über Ansprüche aus außerehelichem Beischlafe (vgl. GVG. § 23 Nr. 2 Abs. 4—6), sind, wenn der Gegenstand der Verurteilung von 300 ℳ übersteigt, vorbehaltlich der §§ 648, 650 nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

§ 650.

Urteile sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Aussetzung der Vollstreckung dem Gläubiger einen schwer zu ersetzenden oder einen schwer zu ermittelnden Nachteil bringen würde, oder wenn sich der Gläubiger erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten.

Mot. S. 397—399. KPr. S. 334—339, 563, 725—731, 745, 746.

Außer den Fällen der §§ 648 und 649 sind Urteile auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären:

a) Bei Glaubhaftmachung (§ 266) eines schwer zu ersetzenden oder schwer festzustellenden Nachteils, z. B. in Besitzstreitigkeiten, in Streitigkeiten über eine Firma. In betreff der Handelssachen bemerken die Motive, es liege kein zwingender Grund vor, für die vorläufige Vollstreckbarkeit hier leichtere Bedingungen zuzulassen, wenngleich nicht ausgeschlossen sei, „daß das Gericht in Rücksicht auf die Natur des kaufmännischen Verkehrs das Ausbleiben der Erfüllung in Handelssachen für sich allein schon als einen schwer zu ersetzenden oder schwer zu ermittelnden Nachteil anzusehen befugt ist."

b) Gegen Sicherheit. Die Höhe der zu leistenden Sicherheit ist im Urteil auszusprechen. Die Sicherheit muß dem § 101 entsprechen. Wegen des Beginns der Zwangsvollstreckung s. § 672 Abs. 2. Wegen der Rechte des Schuldners an der Sicherheit s. Bem. Nr. 4 litt. b zu § 709.

§ 651.

Wird glaubhaft gemacht, daß die Vollstreckung des Urteils dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde, so ist in den Fällen des § 648 auf Antrag des Schuldners auszusprechen, daß dasselbe nicht vor-

läufig vollstreckbar sei; in den Fällen der §§ 649, 650 ist der Antrag des Gläubigers zurückzuweisen.

Mot. S. 398. KPr. S. 339, 563.

Zur Versagung der vorläufigen Vollstreckbarkeit genügt nicht die Schwierigkeit des Schadensersatzes, es gehört dazu die „Unersetzlichkeit".

§ 652.

Das Gericht kann auf Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig machen.

Das Gericht hat auf Antrag dem Schuldner nachzulassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, wenn nicht der Gläubiger sich erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten.

Mot. S. 398. KPr. S. 339—341, 563.

1. Zu Abs. 1: In allen Fällen der §§ 648—650 steht es im Ermessen des Gerichts, auf Antrag des Schuldners die Vollstreckung davon abhängig zu machen, daß der Gläubiger Sicherheit für Schadloshaltung des Schuldners leiste. Die Sicherheit muß dem § 101 entsprechen.

2. Zu Abs. 2: In allen Fällen der §§ 648 und 649 und in dem Falle der ersten Alternative des § 650 muß das Gericht auf Antrag des Schuldners im Urteilssatze des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils aussprechen, daß dem Schuldner nachgelassen werde, durch Leistung einer dem Betrage nach zu bestimmenden Sicherheit oder nach Wahl des Schuldners durch die Hinterlegung des Streitgegenstandes die Vollstreckung abzuwenden. Der Betrag der Sicherheit ist gleich dem Werte des Gegenstandes der Verurteilung nach Hauptsache, Zinsen und Kosten zu bemessen. Um die Vollstreckung aufzuhalten, muß sich der Schuldner eine öffentliche Urkunde über Leistung der Sicherheit oder über die Hinterlegung verschaffen (§ 691 Nr. 3). Eine Frist wird ihm nicht gewährt. Der Gläubiger kann sofort nach Empfang der vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Schuldner mit Vollstreckung vorgehen und ihn dadurch zur Sicherheitsleistung ꝛc. veranlassen (KPr. S. 350, 351). Ein direkter Zwang zur Sicherheitsleistung findet nicht statt [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 68].

Stellt der Schuldner den Antrag, so kann der Gläubiger verlangen, daß ihm gegen Sicherheitsleistung von seiner Seite trotz Sicherheitsleistung des Schuldners oder Hinterlegung des Streitgegenstandes die Vollstreckung gestattet oder der hinterlegte Streitgegenstand ausgeliefert werde. Einem derartigen Antrage des Gläubigers muß stattgegeben werden. Es ist im Urteilssatze auszusprechen, daß trotz Kautionsleistung des Schuldners oder Hinterlegung dem Gläubiger die Vollstreckung zu gestatten sei, wenn der Gläubiger Sicherheit in einem festzusetzenden Betrag leiste. So lange der Schuldner keine Sicherheit geleistet hat, kann der Gläubiger noch vollstrecken, ohne seinerseits Sicherheit zu leisten. Das Anbieten der Sicherheit von seite des Schuldners genügt nicht, den Gläubiger zur Sicherheitsleistung zu nötigen. Erst wenn der Schuldner Sicherheit geleistet oder den Streitgegenstand hinterlegt hat, hört die vorläufige Vollstreckbarkeit auf. Dann ist es Sache des Gläubigers, dieselbe durch eigene Sicherheitsleistung wieder herzustellen.

Auf den Fall des § 651 bezieht sich die Berechtigung des Gläubigers, gegen Sicherheitsleistung die Vollstreckung durchzusetzen, nicht (nordd. Prot. IV S. 1962 f. Mot. S. 398).

3. Zu Abs. 1 und 2: Die Kosten der Hinterlegung sind Zwangsvollstreckungskosten [vgl. OLG. Jena SA. XLII Nr. 56]. — Die nach § 652 getroffenen Anordnungen werden bedeutungslos, wenn die formelle Rechtskraft und damit die definitive Vollstreckbarkeit des Urteils

eingetreten ist. Über die Frage, ob die vorläufige Vollstreckbarkeit des nach § 562 ergangenen Vorbehaltsurteils mit dessen formeller Rechtskraft in definitive Vollstreckbarkeit übergehe, s. Bem. Nr. 3 zu § 562. — Wegen der Rechte der Parteien an dem Gegenstande der Sicherheit oder Hinterlegung s. Bem. Nr. 4 zu § 709.

§ 653.

Die in den §§ 649—652 erwähnten Anträge sind vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung zu stellen, auf welche das Urteil ergeht.

Mot. S. 399. KPr. S. 343, 344, 563.

1. Die auf die vorläufige Vollstreckbarkeit bezüglichen Anträge des Gläubigers wie des Schuldners können nur in der mündlichen Verhandlung, aber in jedem Stadium des Verfahrens bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, gestellt, über dieselben kann nur durch Urteil entschieden werden [vgl. RG. 10. Febr. 1888 Entsch. XX Nr. 102 S. 425]. In der Berufungsinstanz können dergleichen Anträge neu vorgebracht werden, denn es sind nicht neue Ansprüche [vgl. RG. 10. Febr. 1888 Entsch. XX Nr. 102 S. 423], OLG. Kiel SA. XXXIX Nr. 269. AM. OLG. Celle SA. XXXVII Nr. 165]; auch ist Berufung wegen unrichtiger Entscheidung über solche Anträge möglich (s. § 656). In der Rev.-Inst. sind dergleichen Anträge nicht prinzipiell unmöglich, aber wegen der sofortigen Rechtskraft und definitiven Vollstreckbarkeit jedes nicht als Versäumnisurteil ergehenden Urteils des Revisionsgerichts ist nur ein Antrag des Gläubigers nach §§ 649 oder 650 auf vorläufige Vollstreckbarkeit eines der Revision stattgebenden und den Schuldner verurteilenden Versäumnisurteils von praktischer Bedeutung. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Petersen S. 918, A. Förster N. 2. AM. die Mot. S. 939, welche den Antr. auf vorl. Vollstr. in der Rev.-Inst. mit Rücksicht auf die Konstruktion des Rechtsmittels als rev. in iure schlechthin ausschließen. Aus dieser Konstruktion folgt aber keineswegs, daß das Rev.-Gericht, wenn die Revision begründet erscheint, prozessualische Anträge nicht entgegennehmen und darüber entscheiden darf. Wie die Motive: Gaupp III S. 145, v. Sarwey III S. 106, v. Bülow N. 3.] Darauf, daß das Berufungsgericht über Anträge, welche die vorläufige Vollstreckbarkeit betreffen (§§ 649—652), unrichtig entschieden habe, kann die Revision nicht gestützt werden (§ 656 Abs. 3).

2. Für die Anträge gilt nicht die Vorschrift des § 269; denn der § 269 gilt nur für materielle nicht für prozessualische Anträge (s. Bem. Nr. 1 zu § 269); die Anträge, welche die vorläufige Vollstreckbarkeit betreffen, sind aber prozessualische. Als prozessualischer Antrag steht der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit auch nicht unter der Regel des § 301 Nr. 3 (vgl. Bem. Nr. 6 zu § 301); es kann darum der Antrag des Klägers auf vorläufige Vollstreckbarkeit des den Beklagten verurteilenden Versäumnisurteils nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil der Antrag dem Beklagten nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war. [So auch Struckm. Koch 5. Aufl. N. 2, Brettner Ztschr. f. d. CPr. I S. 237, Obermeyer Bl. f. RA. XLVII S. 258 ff., Tränkner Ztschr. f. d. CPr. VII S. 257 ff., Hellmann Lehrb. S. 807, Troll Vers.-Urt. S. 57, vgl. a. Bl. f. RA. XLVI S. 97 ff. AM. Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 140, Petersen S. 918, Bl. f. RA. XLV S. 373.] Ein Antrag des Klägers auf vorläufige Vollstreckbarkeit aus dem Grunde, daß die Aussetzung der Vollstreckung dem Gläubiger einen schwer zu ersetzenden oder schwer zu ermittelnden Nachteil bringen würde, bedarf auch beim Ausbleiben des Beklagten der Glaubhaftmachung (§ 650) [vgl. Tränkner a. a. O. S. 269]. Andere Anträge bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit als seitens des Klägers sind im Vers.-Verfahren nicht möglich (vgl. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 648). Wurde der Antrag, die Verurteilung des nicht erschienenen Bekl. für vorl. vollstr.

zu erklären, abschlägig beschieden, so steht dem Kläger dagegen die Berufung offen (nicht die Revision wegen § 656 Abs. 3); wurde dem Antrag stattgegeben, so kann der Beklagte Einspruch gegen das Urteil einlegen, dann greifen die §§ 657, 647 ein. Die vorläufige Vollstreckbarkeit allein — im Gegensatz zur Entscheidung in der Hauptsache — kann nicht mittels Einspruchs angefochten werden, weil sie nicht auf selbständiger Kontumazialfolge beruht; wohl aber kann der kontumazierte Beklagte die Entscheidung im Punkte der Vollstreckbarkeitserklärung mittels Berufung anfechten [Brettner a. a. O. S. 240 N. 5, Tränkner a. a. O. S. 264 ff.]. Vgl. a. Bem. Nr. 1 zu § 656.

3. Nach dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, können Anträge bezüglich der vorläuf. Vollstreckbarkeit nicht mehr gestellt werden. Treten erst später Gründe für oder gegen die vorläuf. Vollstreckbarkeit auf, so bieten Arrest oder einstweilige Verfügung Aushülfe (vgl. nordd. Prot. S. 1960).

§ 654.

Ist der Antrag, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, übergangen oder ist in Fällen, in welchen ein Urteil ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht erfolgt, so kommen wegen Ergänzung des Urteils die Vorschriften des § 292 zur Anwendung.

Mot. S. 388, 399. KPr. S. 341, 342, 563, 725—731.

1. Über das Verfahren vgl. Bem. Nr. 3 zu § 292. Der entsprechenden Anwendung des § 295 gegen den im Termine nicht erschienenen Antragsteller — d. i. Abweisung des Ergänzungsantrags — steht nichts im Wege. Dagegen kann das Urteil gegen den nicht erschienenen Schuldner nicht Versäumnisurteil sein, weil die Versäumnisfolge des § 296 weder auf den Antrag nach § 649 noch auf den nach § 650 paßt. [Vgl. Troll Vers.-Urt. S. 91.] Ist die einwöchige Frist zum Ergänzungsantrag versäumt, so besteht zwar kein prozessualisches Hindernis gegen die Möglichkeit, durch Rechtsmittel die fehlende Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit herbeizuführen; denn hier handelt es sich — im Gegensatz zu dem Falle des § 292 — nicht um einen übergangenen Anspruch, der in der höheren Instanz nicht neu vorgebracht werden könnte [vgl. Gaupp III S. 142, 144, 146, Petersen S. 918. AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 (teilweise), Hellmann Komm. III S. 17 und Lehrb. S. 807]; aber dieser Weg ist, wenn nicht auch bezüglich der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist, ohne alle praktische Bedeutung (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 656).

2. Wird auf Grund des § 654 vom Gläubiger der Antrag gestellt, das Urteil durch Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit zu ergänzen, so kann der Schuldner die in §§ 651 und 652 erwähnten Anträge in der Verhandlung über den Ergänzungsantrag vorbringen. Aber der Schulder kann keine Ergänzung des Urteils beantragen, wenn ein von ihm nach § 651 oder § 652 gestellter Antrag übergangen wurde. Denn wenn dies geschah, muß das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt worden sein; dann aber ist das Urteil nicht ergänzungsbedürftig, mag auch die Entscheidung im Punkte der Vollstreckbarkeit inkorrekt sein. Gegen das inkorrekte Urteil kann der Schuldner Abhülfe mittels Berufung suchen. [Vgl. Gaupp III S. 142, 144, 146, Endemann III S. 126, A. Förster N. 4, Hellmann Lehrb. S. 807 f. AM. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy 2, v. Sarwey II S. 107.]

§ 655.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit tritt mit der Verkündung eines Urteils, welches die Entscheidung in der Hauptsache oder die Vollstreckbarkeitserklärung

aufhebt oder abändert, insoweit außer Kraft, als die Aufhebung oder Abänderung erfolgt.

Soweit ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, ist der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen.

Mot. S. 399. KPr. S. 343, 344, 563.

1. Das aufhebende oder abändernde Urteil kann zufolge des Einspruchs oder zufolge eines Rechtsmittels ergehen. „Hauptsache" bedeutet hier den Gegensatz zu der vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung. Mit der Verkündung, nicht erst mit der Rechtskraft oder Vollstreckbarkeitserklärung, tritt die vorläufige Vollstreckbarkeit des früheren Urteils außer Kraft, insoweit als die Aufhebung oder Abänderung erfolgt. Aufgehoben ist ein Urteil, welches eine unbedingte Verurteilung aussprach, aber schon dann, wenn zufolge Einspruchs oder Rechtsmittels an dessen Stelle ein bedingtes Urteil gesetzt wird, obschon die Möglichkeit besteht, daß das Läuterungsurteil sachlich mit dem früheren Urteil übereinstimme. [Vgl. RG. 14. März 1883 Entsch. XII Nr. 96 S. 359 f. AM. Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 806.] — Zur Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung ist übrigens die Vorlegung einer Ausfertigung des aufhebenden oder abändernden Urteils nötig (§ 691 Nr. 1). Wegen der früheren Vollstreckungshandlungen s. § 692.

2. Zu Abs. 2: Diese Vorschrift wurde in der KJ. d. RT. eingefügt. Sie ermöglicht dem Beklagten die Rückforderung des auf Grund des aufgehobenen Urteils ohne Zwang oder auf Grund von Vollstreckungsmaßregeln Gezahlten oder Geleisteten durch eine besondere Art von Gegenklage (vgl. §§ 503 Abs. 2, 563 Abs. 2). Diese Gegenklage ist keine Widerklage im Sinne der §§ 33, 491, schon deswegen nicht, weil sie denselben Streitgegenstand betrifft, wie die Hauptklage. Es findet daher § 491 auf dieselbe keine Anwendung. Aber nicht bloß in der Berufungsinstanz, sondern auch in der Revisionsinstanz ist der Antrag auf Erstattung zulässig; doch hat das Revisionsgericht nicht selbst darüber zu erkennen, sondern die Sache, auch wenn es sonst in der Sache selbst zu entscheiden hätte, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil bei der Entscheidung neue Thatsachen zu würdigen sind. [Vgl. Struckm. Koch 5. Aufl. N. 4, Wilm. Levy N. 2, Gaupp III S. 148, Petersen S. 919 f., A. Förster N. 5, Hellmann Komm. III S. 18 und Lehrb. S. 806.] Der Antrag kann gestellt werden bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das abändernde Urteil ergeht. Er kann auch noch nach Erlassung eines bedingten Endurteils in der Verhandlung über dessen Läuterung gestellt werden. Die Verurteilung ist erst auszusprechen, wenn und soweit die Klage abgewiesen wird, also nicht schon bei Erlassung eines bedingten Endurteils oder bei Aufhebung des Urteils durch die höhere Instanz ohne Entscheidung in der Sache selbst; denn erst bei Abweisung der Klage ist die Erstattungsklage zum Urteil gereift. Der Antrag kann auch mit einem Antrag auf Versäumnisurteil gegen den Kläger verbunden werden. Die rechtzeitige Mitteilung des Antrags an den Kläger vorausgesetzt, ist Versäumnisurteil auf Erstattung gegen den Kläger unter entsprechender Anwendung des § 296 auf das thatsächliche mündliche Vorbringen des Beklagten möglich. Gegen den ausgebliebenen Beklagten ist ein Vers.-Urteil bezüglich des angekündigten oder in früherer Verhandlung gestellten Erstattungsantrags nicht möglich, da der Antrag immer nur für den Fall eines gegen den Kläger lautenden Urteils gestellt ist. Ist der Antrag auf Erstattung in der mündlichen Verhandlung vor dem Urteil gestellt, so kann er nur mit neuer Klage im gesonderten Prozesse verfolgt werden. [Irrtümlich läßt OLG. Hamburg XXXIX Nr. 68 nachträglichen Antrag zu.] Das Urteil auf Rückerstattung ist vollstreckbar, wenn es rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist; bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit hat es nichts vor anderen Urteilen voraus.

Nur der Anspruch auf Rückerstattung des in Haupt- und Nebensache Gezahlten oder Geleisteten, nicht der etwaige Anspruch auf Schadensersatz oder Zinsvergütung, kann in der bezeichneten Weise geltend gemacht werden. Ein Anspruch auf Schadensersatz wäre im gesonderten Prozeß, im Einspruchsverfahren auch durch gewöhnliche Widerklage, geltend zu machen. [Vgl. RG. 14. Nov. 1883 Entsch. XI Nr. 111 S. 416 ff., 1. Dez. 1883 eod. Nr. 112 S. 422, OLG. Jena XLI Nr. 254, Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 139 f.] Ob ein derartiger Anspruch besteht, ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen. Nach RG. Entsch. XI S. 416 ff. S. 422 soll gemeinrechtlich ein derartiger Anspruch aus der Thatsache, daß der Kläger ein vorläufig vollstreckbares Urteil vollstrecken ließ, nicht entstehen (?). Anders jedenfalls, wenn der Gläubiger in mala fide war. Auch, wenn der Gläubiger dem Schuldner Sicherheit geleistet hatte, um die vorläufige Vollstreckbarkeit zu erwirken, ist aus der Sicherheitsleistung die Übernahme einer Verpflichtung zum Schadensersatz zu folgern [vgl. a. Planck I S. 372 bei N. 36, RG. VIII Nr. 4 S. 18, sowie Wach Vortr. S. 227 f.]. Über das preuß. LR. s. Eccius (Förster) 5. Aufl. I Anhang zu §§ 55, 56 bei N. 6, welcher mit OTr. 12. Nov. 1855 Entsch. XXXI S. 9 Schadensersatzpflicht annimmt. Die Frage der Schadensersatzpflicht kehrt wieder bei der Arrestvollstreckung (vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu §§ 801, 802), sowie in den Fällen der §§ 503, 563.

§ 656.

In der Berufungsinstanz ist über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf Antrag vorab zu verhandeln und zu entscheiden.

Die Bestimmung des § 486 über die Vertagung der mündlichen Verhandlung findet in diesem Falle keine Anwendung.

Eine Anfechtung der in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit erlassenen Entscheidung findet nicht statt.

Mot. S. 399, 400. KPr. S. 344, 563.

1. In den Entwürfen folgten auf „Vollstreckbarkeit" die Worte: „sofern dieselbe nicht den alleinigen Gegenstand der Berufung bildet." Diese Worte wurden in der JK. d. RT. als überflüssig gestrichen; ein Antrag, welcher die alleinige Anfechtung der vorläufigen Vollstreckbarkeit verbieten wollte, wurde zurückgezogen. — Sowohl der Kläger als der Beklagte kann mittels Berufung die Entscheidung der ersten Instanz im Punkte der vorläufigen Vollstreckbarkeit allein anfechten, d. i. seine Berufungsanträge auf diesen Punkt beschränken, ohne die Änderung der Hauptentscheidung zu verlangen. Für den Kläger wird jedoch kaum jemals ein praktisches Interesse bestehen, aus dem Grunde allein, weil die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht oder nicht unbedingt ausgesprochen wurde, den Weg der Berufung zu beschreiten, weil er durch Zustellung des Urteils früher dessen Rechtskraft als mittels Berufung die vorläufige Vollstreckbarkeit, falls aber der Beklagte seinerseits Berufung ergreift, die Änderung durch Anschließung erreichen kann. Der Beschränkung der Berufsanträge des Beklagten auf den Punkt der vorläufigen Vollstreckbarkeit steht § 496 nicht [wie in 2. Aufl. irrtümlich behauptet wurde] im Wege; denn dieser § betrifft nur Fälle, in denen das Urteil der unteren Instanz nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt ist.

2. Abs. 1 des § 656 bezieht sich auf den Fall, daß die von den Parteien in der Berufungsinstanz gestellten Änderungsanträge sowohl die Hauptsache als auch die vorläufige Vollstreckbarkeit betreffen. Dies ist auch in der Art möglich, daß die Berufung die Hauptsache, die Anschlußberufung die vorläufige Vollstreckbarkeit betrifft und umgekehrt. [Unrichtig will v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 272 die Vorschrift auch anwenden, wenn die vor-

läufige Vollstreckbarkeit in der Berufungs-Instanz neu beantragt wird.] Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit kann nur nach mündlicher Verhandlung durch Urteil erfolgen. Das Urteil hat die Natur eines Zwischenurteils über einen Zwischenstreit unter den Parteien (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 275).

Über das Verhältnis der Entscheidung über die Vollstreckbarkeit zu der Entscheidung über die Hauptsache bemerken die Motive:

„Die württ. PrO. Art. 686 beschränkt sachlich die Aufhebung der Vollstreckbarkeit im Wege der Berufung auf den Fall, daß die Hauptbeschwerde begründet erscheint, während bei Beratung des nordd. Entw. (Prot. IV S. 1961) die Meinung ausgesprochen ist, daß die Richtigkeit des ersten Urteils überhaupt nicht zu prüfen sei. Beides erscheint in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Es kann z. B. für den Schuldner die Gefahr eines unersetzlichen Nachteils nachweisbar sein; es kann ebenso die in erster Instanz nicht anerkannte Unvollständigkeit der Klage zu einer anderen Beurteilung des der einen oder der anderen Partei aus der Vollstreckung oder deren Aufschub drohenden Nachteils führen."

3. Abs. 2 gilt sowohl dann, wenn die Berufungsanträge Hauptsache und vorläufige Vollstreckbarkeit, als auch, wenn sie nur die letztere betreffen.

4. Durch Abs. 3 ist die Frage, ob bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit richtig entschieden sei, der Revisionsinstanz entzogen. Diese Frage kann weder allein noch neben der Hauptsache Gegenstand der Revision sein. Die Revision für diesen Streitgegenstand zuzulassen, würde der Vergänglichkeit des Interesses der Parteien an demselben nicht entsprechen (Motive S. 400). [Irrtümlich nimmt Hellmann Komm. III S. 19 f. den Fall aus, daß über die vorl. Vollstr. erst in 2. Inst. entschieden ist.]

5. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 7, 28; GO. f. RA. §§ 20, 25.

§ 657.

Wird gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil der Einspruch oder ein Rechtsmittel eingelegt, so finden die Vorschriften des § 647 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 394, 395. KPr. S. 344, 563.

1. Die Bemerkungen zu § 647 finden hierher entsprechende Anwendung. Die Entscheidung steht dem Gerichte zu, welches über den Einspruch oder das Rechtsmittel zu entscheiden hat.

2. § 657 gilt weder für den Fall des Widerspruchs gegen Arrestbefehl oder einstw. Verf., noch bei Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Urteil im Arrestprozeß.

§ 658.

Ist auf Bewirkung einer Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil nur in der Weise vollzogen werden, daß die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form (Vormerkung, Protestation, arrestatorische Verfügung, Dispositionsbeschränkung u. s. w.) erfolgt.

KPr. S. 327—330, 412, 413, 563.

1. § 658 ist in der JK. d. RT. eingefügt, damit nicht aus definitiven Einträgen Rechte dritter erwachsen, welche auch bei nachträglicher Änderung des Urteils beachtet werden müßten. Unter Eintragung ist auch die Löschung zu verstehen. — Unter § 658 fallen nicht vorläuf. vollstreckbare Urteile, welche zu Geldleistung verurteilen. Ob auf Grund solcher Urteile bei Zwangsvollstreckung in Immobilien definitive oder bloß provisorische Einträge im Grund- oder Hypothekenbuche erfolgen, richtet sich nach dem Landesrecht; für Preußen vgl.

Subh.=Ordn. v. 13. Juli 1883 § 7, dazu Krech Fischer Komm. S. 236; für Bayern Ges. v. 29. Mai 1886 (Nov. z. Subh.Ordn.) § 41, dazu Ortenau Komm. 2. Aufl. S. 504.

2. Die in der Parantheſe enthaltenen Bezeichnungen sind mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Landesgesetze angeführt. Nach diesen ist zu beurteilen, in welcher Weise die Eintragung erfolgt und welche Behörde darum anzugehen ist. Für Preußen s. Ges. üb. d. Eigentumserwerb rc. v. 5. Mai 1872 §§ 8, 16, 22, 60, Grundb.=Ordn. v. 5. Mai 1872 §§ 88, 119, 121 (andere partikulare Gesetze s. bei Struckm. Koch N. 3); für Bayern: Hyp.=Ges. §§ 27—30; für Sachsen: BGB. §§ 404—407 u. G. v. 4. März 1879 §§ 6—8; für Württemberg: Hauptinstr. z. Pfandges. §§ 194 ff. u. AG. z. CPrO. Art. 24.

3. Wird das vorl. vollstr. Urteil rechtskräftig, so ist an Stelle der provisorischen Eintragung die definitive zu setzen. Wird es aufgehoben, so kann gemäß §§ 655, 691 Nr. 1, 692 die Löschung der provisorischen Eintragung verlangt werden.

§ 659.

Ist in Gemäßheit des § 652 Abs. 2 dem Schuldner nachgelassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, so ist gepfändetes Geld oder der Erlös gepfändeter Gegenstände zu hinterlegen.

KPr. S. 368-370, 563.

1. § 659 wurde in der JK. d. RT. eingefügt. Nach §§ 716 Abs. 2, 720 hat der GV. gepfändetes Geld und den Erlös gepfändeter Gegenstände dem Gläubiger auszuhändigen. Hierzu setzt § 659 eine Ausnahme für den Fall des § 652 Abs. 2. Mit § 659 stehen die §§ 716 und 738 in Zusammenhang. Vgl. a. § 810 Abs. 2. — Wegen des Pfandrechts an dem hinterlegten Geld und Erlöse vgl. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709.

2. Die Vorschrift des § 659 darf nicht auf die Fälle ausgedehnt werden, in denen dem Schuldner nach §§ 647 Abs. 1, 657, 668 Abs. 2, 685 Abs. 1, 688 Abs. 1 oder einem dritten nach § 690 Abs. 3 nachgelassen wurde, durch Sicherheitsleistung die Einstellung der Vollstreckung zu bewirken; in diesen Fällen ist das Geld und der Erlös dem Gläubiger auszuliefern. Abgesehen davon, daß § 659 nur den § 652 Abs. 2 anführt, liegen diese Fälle insofern anders, als es sich dabei um die Einstellung der Vollstreckung aus rechtskräftigen Urteilen, im Falle des § 652 aber um die Abwendung der Vollstreckung eines nur vorläuf. vollstr. Urteils handelt. Vgl. a. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 716.

§ 660.

Aus dem Urteile eines ausländischen Gerichts findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist.

Für die Klage auf Erlassung desselben ist das Amtsgericht oder Landgericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht oder Landgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

Mot. S. 400-403. KPr. S. 344-347, 446-449, 469, 563, 564.

1. Litteratur zu §§ 660, 661: Francke Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 1 ff., Petersen Ztschr. f. Elſ.=Lothr. VI S. 324 ff., 370 ff., Roßhirt Bad. Ann. XLVII S. 377 ff., Wach I S. 223 ff, Kohler Ztschr. f. d. CPr. X S. 449 ff.

2. Urteile nicht deutscher Gerichte werden in Deutschland vorbehaltlich der in § 661

vorgesehenen Ausnahmen als materiell rechtskräftige Entscheidungen anerkannt, bedürfen aber um in Deutschland vollstreckt werden zu können, eines zusätzlichen Vollstreckungsurteils. Dieses Urteil beruht auf der Anerkennung der materiellen Rechtskraft des ausländischen Urteils (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 661); es stellt fest, daß ein formell rechtskräftiges ausländisches Urteil (§ 661 Nr. 1) und daß keine der Ausnahmen (§§ 661 Nr. 3—5) vorliegt, in denen dem ausländischen Urteil die Rechtskraft versagt wird, und spricht aus, daß das Urteil im Inlande vollstreckt werden darf. Ein solches Urteil hat keinen Zweck, wenn das ausländische Urteil seinem Inhalte nach nicht vollstreckbar — z. B. bloßes Feststellungsurteil oder klagabweisend [vgl. RG. 27. Febr. 1883 Entsch. IX Nr. 109 S. 372] — oder wenn die Handlung, zu welcher das ausländische Gericht verurteilt, nach inländischem Vollstreckungsrecht unerzwingbar ist, daher die Ausnahme § 661 Nr. 2. Im übrigen ist das Vollstreckungsurteil zur Vollstreckbarkeit im Inlande durchweg nötig, auch wenn die Vollstreckung im Inlande ohne Mitwirkung von Gerichtsvollzieher und Gericht vor sich geht (so im Falle des § 779 — vgl. Bem. Nr. 3 dazu). Würde im Inlande Vollstreckung aus ausländischem Urteile ohne Vollstreckungsurteil versucht, so wären die Vollstreckungshandlungen nichtig. — Über Vollstreckungsurteil zum Schiedsspruch vgl. § 868.

Durch Staatsverträge des Reichs könnte ausländischen Urteilen die Vollstreckbarkeit ohne inländisches Vollstreckungsurteil eingeräumt werden; zur Zeit existieren aber solche Verträge des Reichs nicht. Ein Bundesstaat kann nicht durch Staatsvertrag ausländischen Urteilen die Vollstreckbarkeit im Inlande ohne Vollstreckungsurteil des inländischen Gerichts einräumen; denn § 660 ist Reichsrecht und kann daher nicht durch Landesrecht außer Kraft gesetzt werden. Die vor dem Reichsgesetz geschlossenen Verträge sind durch §§ 660, 661 modifiziert. Dies gilt insbesondere von denjenigen Verträgen, in welchen zugesagt ist, daß ausländische Urteile auf Requisition ausländischer Behörden durch die inländischen Gerichte vollzogen werden sollen; trotz solchen Verträgen muß ein Vollstreckungsurteil nach § 660 seitens des Gläubigers erwirkt werden; denn die Gerichte können nach der gegenwärtigen Organisation der Vollstreckung Urteile nicht mehr vollziehen. Nicht weniger würden Verträge, welche ausländischen Urteilen Vollstreckbarkeit ohne Vermittelung der inländischen Gerichte zusicherten — daß derartige Verträge existieren, war nicht zu ermitteln — durch §§ 660, 661 modifiziert. [Die in 2. Aufl. vorgetr. Ansicht, daß § 706 den Bundesstaaten ermögliche, ausländ. Urt. als Vollstr.Titel anzuerkennen, ist nicht haltbar; § 706 bezieht sich nicht auf Urteile.] Über die Frage, wie Art. 18 Abs. 4 der Zusatzkonvention v. 11. Dez. 1871 zum deutsch-franz. Friedensvertrage (RGBl. 1872 S. 20), wonach die Bestimmungen des bad.-franz. Rechtshülfevertr. v. 26. April 1846 auf Elsaß-Lothringen angewandt werden sollen, sich zu §§ 660, 661 verhalten, s. Petersen jur. Ztschr. f. Elf.-Lothr. VI S. 324 ff., 370 ff., Roßhirt bad. Ann. LXVII S. 377 ff., Francke a. a. O. S. 68 ff. — Wegen Vollstreckung der Urteile außerdeutscher Rheinschifffahrts- und Elbzollgerichte s. preuß. Ges. v. 8. März 1879, betr. die Rheinschiff.-Ger., § 12 und v. 9. März 1879, betr. die Elbzollgerichte, § 9 [dazu Francke a. a. O. S. 27].

Die §§ 660, 661 gelten auch für ausländische Urteile, welche vor der CPrO. erlassen sind [RG. 7. April 1883 Entsch. IX Nr. 109 S. 370, Francke a. a. O. S. 28].

3. Nur Urteile ausländischer Gerichte können die Unterlage eines Vollstreckungsurteils bilden. Urteil ist die endgültige, der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung des Prozesses. Form und Name ist gleichgültig; es kommt insbesondere nicht darauf an, ob die Entscheidung nach deutschem Prozeßrecht ein formelles Urteil ist. Auch die Prozeßart ist gleichgültig, wenn nur die Entscheidung eine definitive ist. Daher kann z. B. das Vollstreckungsurteil zu einem ausländischen Zahlungsbefehl (Mandat) erlassen werden, wenn diesem die Wir-

kung eines rechtskräftigen Urteils zukommt [RG. 30. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 106 S. 428. AM. OLG. Dresden SA. XLII Nr. 79]. Kein Urteil im Sinne des § 660, weil keine endgültige Entscheidung über materielles Recht, ist der Arrestbefehl und die einstweilige Verfügung [vgl. Wach I S. 228. AM. Francke a. a. O. S. 30 und frühere Aufl.] Auch ein mit Vorbehalt der weiteren Verteidigung oder der Nachklage ergehendes Urteil im Exekutivprozeß ist keine definitive Entscheidung, kann daher nicht Unterlage eines Vollstreckungsurteils sein [vgl. Wach I S. 230. Zweifelnd Stein Urk.-Proz. S. 297.]

Nur Urteile ausländischer Gerichte können die Unterlage eines Vollstreckungsurteils bilden. Wenn die Aburteilung über rein civilrechtliche Ansprüche nach dem ausländ. Recht Strafgerichten übertragen ist — z. B. bei Adhäsion des Beschädigten — so kann auch zu dem Urteil eines Strafgerichts das Vollstreckungsurteil verlangt werden [AM. Wach I S. 228], natürlich nicht bezüglich einer Strafe. Welche Behörden Gerichte im Gegensatz zu Verwaltungsbehörden sind, ist nach dem Rechte des Auslandes zu beurteilen. Auf ausländische Schiedssprüche bezieht sich der § 660 nicht. Darüber, ob auf Grund des ausländischen Schiedsspruchs ein Vollstreckungsurteil nach § 868 zu erteilen ist, vgl. Bem. Nr. 3 zu § 868.

4. Um das Vollstreckungsurteil muß das Gericht mittels Klage angegangen werden. Die sachliche Zuständigkeit für die Klage ist nach GVG. §§ 23, 70 zu beurteilen. Bei Berechnung des Wertes des Streitgegenstandes ist nicht der Umfang des im Ausland erhobenen Anspruchs, sondern der Umfang der Verurteilung in Betracht zu ziehen. Für die Wertsberechnung sind die §§ 3—9 anwendbar. Als maßgebender Zeitpunkt (§ 4) ist nicht die Klagerhebung im Ausland, sondern die Erhebung der Klage auf Vollstreckungsurteil zu betrachten. Beträgt der Gegenstand der Verurteilung mehr als 300 ℳ, so gehört die Vollstreckungsklage vor das Landgericht, auch wenn die ursprüngliche Klage nach GVG. § 23 Nr. 2 ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes vor das Amtsgericht gehörte; denn obwohl durch das Urteil keine Novation vor sich geht, so ist doch der Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung im Prozeß über die Vollstreckungsklage nicht mehr die ursprüngliche Streitigkeit über Rechte und Pflichten aus Miet-, Dienst-, Arbeitsvertrag rc. rc., sondern lediglich die Frage der Vollstreckbarkeit (vgl. Bem. Nr. 1). So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 154, Petersen S. 925, A. Förster N. 10, Hellmann Komm. III S. 23 f. u. Lehrb. S. 810, Endemann III S. 132. AM. Sarwey II S. 113, Francke a. a. O. S. 92 und frühere Aufl.] Aus gleichem Grunde ist die Kammer für Handelssachen nicht für die Vollstreckungsklage zuständig, wenn auch der ursprüngliche Prozeß Handelssache ist. Nach dem Entwurf, welcher selbständige Handelsgerichte kannte, war das zweifellos, weil in dem § 610 (= § 660 der CPrO.) die Handelsgerichte nicht genannt waren; die Mot. S. 403 bemerken unter Berufung auf nordd. Entw. § 897 und nordd. Prot. IV S. 1979, die Zuständigkeit der Handelsgerichte sei ausgeschlossen, „weil die Sache selbst, deren Natur diese Zuständigkeit begründen könnte, nicht mehr zur Erörterung komme." — Der Gerichtsstand für die Klage auf das Vollstr.-Urt. ist bei dem Amts- oder Landgericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§§ 13—20); falls aber der Schuldner in Deutschland einen allgemeinen Gerichtsstand nicht hat, bei dem Amts- oder Landgericht, in dessen Bezirk sich Vermögen desselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet (§ 24). Dieser eventuelle Gerichtsstand für die Vollstreckungsklage ist nur für die Vollstreckung vermögensrechtlicher Ansprüche verwendbar. Der in § 660 Abs. 2 bestimmte Gerichtsstand ist ein ausschließlicher (§ 707). Das Verfahren unterliegt den Regeln des ordentlichen Prozesses. Urkundenprozeß ist nicht zulässig. Das Urteil kann mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln und als Vers.-Urt. mit Einspruch angefochten werden. Das Urteil bedarf der Vollstreckungsklausel. Dasselbe ist, wenn es nicht nach §§ 648—650 für vorläufig voll-

läufig vollstreckbar erklärt ist [darüber vgl. Francke a. a. O. S. 7 ff.], erst nach Eintritt der Rechtskraft vollstreckbar. Die Vollstreckung richtet sich nach der CPrO., nicht nach dem Rechte des Auslandes.

5. Wenn die Klage auf Vollstreckungsurteil zulässig ist, so ist keine Klage auf Verurteilung zur Leistung auf Grund des ausländischen Urteils zulässig [vgl. RG. 30. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 106 S. 431 ff. AM. derselbe I. Senat Entsch. VIII S. 487, IX S. 374, welcher aber seine frühere Ansicht zurücknahm und sich der Ansicht des IV. Sen. 2. Juni 1885 XVI S. 432 anschloß]. Einer Klage auf Grund des ursprünglichen Rechtsverhältnisses kann im Inland die exc. rei iud. entgegengesetzt werden (vgl. Bem. Nr. 8 zu § 661).

6. Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8, GO. f. RA. § 20.

§ 661.

Das Vollstreckungsurteil ist ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen.

Dasselbe ist nicht zu erlassen:

1) wenn das Urteil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft noch nicht erlangt hat;
2) wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden würde, welche nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urteilenden deutschen Richters nicht erzwungen werden darf;
3) wenn nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urteilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört;
4) wenn der verurteilte Schuldner ein Deutscher ist und sich auf den Prozeß nicht eingelassen hat, sofern die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder in dem Staate des Prozeßgerichts in Person, noch durch Gewährung der Rechtshülfe im Deutschen Reiche zugestellt ist;
5) wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.

Mot. S. 400–403. KPr. S. 344–347, 446–449, 469, 563, 564.

1. Zu Abs. 1: Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 660. Die Anerkennung der materiellen Rechtskraft ausländischer Urteile steht im Einklang mit der Mehrzahl der deutschen Prozeßgesetze — pr. AGO. I 24 § 30, hann. PrO. §§ 29, 533, württ. PrO. Art. 11, bad. PrO. § 847, oldenb. PrO. Art. 335 ff. — und im Gegensatz zum franz. Recht C. d. pr. art. 546, C. c. art. 2123, 2128, bayer. PrO. Art. 824. Die Motive bemerken:

„Dem inländischen Richter steht keine Kognition über die materielle Rechtmäßigkeit des auswärtigen Erkenntnisses (vgl. Wetzell § 38 bei Note 38—47, Motive z. preuß. Entw. S. 246 Nr. 1), also auch keine Kognition darüber zu, ob bei Abfassung dieses Erkenntnisses die materiellen Gesetze seines Staates berücksichtigt sind oder nicht. Selbst auf die Frage, ob etwa gebietende oder verbietende Gesetze seines Staates bei Findung des Urteils verletzt worden sind, darf der inländische Richter nicht eingehen (vgl. nürnb. Kommiss.-Ber. S. 22, 23)."

Auch Verstöße gegen das ausländische Prozeßgesetz, selbst wenn sie die Nichtigkeit des Urteils begründen würden, können in dem Verfahren nicht geltend gemacht werden. Die etwaige Nichtigkeit ist im Auslande geltend zu machen. Das inländische Gericht kann gemäß § 139 das Verfahren aussetzen, wenn im Auslande eine Nichtigkeitsklage oder eine Restitutionsklage gegen das ausländische Urteil anhängig ist, aber nicht selbst über die Nichtig-

keit ꝛc. entscheiden. Wird nach Erlassung eines Vollstreckungsurteils das ausländische Urteil zufolge einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage aufgehoben, so kann der Schuldner gemäß § 686 bei dem Gericht, welches das Vollstreckungsurteil erlassen hat, auf Aufhebung des Vollstreckungsurteils klagen.

In dem Verfahren können Einwendungen, welche den durch das ausländische Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, soweit solche nach inländischem Recht noch im Vollstreckungsstadium zulässig sind, also insbesondere die erst nach dem Urteil entstandenen Einwendungen (vgl. § 686), geltend gemacht werden. Die Klage kann von dem Rechtsnachfolger des Gläubigers und gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners erhoben, es kann über den Eintritt der Rechtsnachfolge in diesem Verfahren entschieden werden. [So auch Struckm. Koch 5. Aufl. N. 2, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 2 zu § 661, Hellmann Komm. III S. 27 f. u. Lehrb. S. 831, Wach Vorträge S. 231 f. u. Handb. I S. 226 N. 8, Francke a. a. O. S. 82, 95, RG. 7. April 1883 Entsch. IX Nr. 109 S. 374, 5. Februar 1883 XIII Nr. 88, S. 347, 24. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1164. AM. v. Sarwey II S. 115, Gaupp III S. 156, Petersen S. 926, OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 403, Rintelen Ztschr. f. d. CPr. IX S. 191 ff.] Daß § 686 das Prozeßgericht für zuständig erklärt, beweist nichts gegen die vorgetragene Ansicht; denn Prozeßgericht bezeichnet den Gegensatz zu dem Vollstreckungsgericht des § 684, nicht zu dem Gerichte des § 660; letzteres Gericht ist das Prozeßgericht für die in Frage stehenden Fälle. Die Rechtmäßigkeit des ausländischen Urteils bleibt bei Prüfung der neu entstandenen Einreden wie bei der Erörterung der nachträglichen Succession unangetastet.

2. Zu Abs. 2: Das Vorhandensein eines der unter Nr. 1—5 aufgeführten Gründe zur Versagung des Vollstreckungsurteils ist von Amtswegen, folglich auch im Falle der Versäumnis des Schuldners, zu beachten und führt stets zur Abweisung der Klage [vgl. Francke a. a. O. S. 77 ff., 106 ff.]. Der Kläger hat dem Gerichte nachzuweisen, daß die Voraussetzungen für die Erlassung des Vollstreckungsurteils vorhanden sind, also daß das Urteil rechtskräftig ist, daß die Zuständigkeit der ausländischen Gerichte gegeben war, daß der verurteilte Schuldner, wenn derselbe ein Deutscher ist, entweder sich auf den Prozeß eingelassen hatte, oder daß demselben die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung in dem Staate des Prozeßgerichts in Person oder durch Gewährung der Rechtshülfe im Deutschen Reich zugestellt wurde. Bezüglich des Erfordernisses der Gegenseitigkeit greift § 265 ein. [Vgl. jedoch RG. 7. März 1882 Entsch. VI Nr. 114 S. 373 f.]

3. Zu Nr. 1: Hier handelt es sich um die formelle Rechtskraft. Dieser Begriff ist aus dem inländischen Recht (§ 645, EG. § 19) unter Vergleichung der ausländischen Anfechtungsmitteln mit den inländischen zu bestimmen. Das ausländische Urteil hat die Rechtskraft nicht erlangt, solange es noch durch ein dem Einspruch, der Berufung oder der Revision ähnliches Anfechtungsmittel angefochten werden kann. Ob dies der Fall ist, ist nach dem ausländischen Recht zu beurteilen [vgl. Francke a. a. O. S. 32 ff., Wach Vortr. S. 179 u. Handb. I S. 229]. Sind ausländische Urteile nach ausländischem Recht vollstreckbar, obwohl sie noch durch derartige Anfechtungsmittel angefochten werden können, so kann gleichwohl kein Vollstreckungsurteil erlassen werden. Ebenso, wenn das ausländische Urteil nur vorläufig vollstreckbar ist.

4. Zu Nr. 2: Das Vollstreckungsurteil ist zu versagen, wenn nach dem inländischen Recht die Vollstreckung nicht zulässig ist. In den Entwürfen hieß es statt „nicht erzwungen werden darf“ — „verboten war“, wie im Rechtshülfegesetz § 37 und im GVG. § 159. Die Veränderung ist redaktionell, aber korrekt. Eine Eheschließung z. B. ist nicht „verboten“, kann aber nach CPrO. § 774 Abs. 2 nicht erzwungen werden. Daß das ausländische Ur-

teil auf einem nach inländischem Recht nicht klagbaren oder verbotenen Geschäfte beruht, ist kein Grund, das Vollstreckungsurteil zu versagen [vgl. Francke a. a. O. S. 21 f., Wach I S. 229. Kohler Ztschr. f. d. CPr. X S. 449 ff. schließt auch ausländische Urteile auf non facere von der Vollstreckbarkeit im Inlande aus.]

5. Zu Nr. 3: a) Die Prüfung der Zuständigkeit der ausländischen Gerichte nach Maßgabe des inländischen Rechts bezieht sich nur auf die örtliche, nicht auf die sachliche Zuständigkeit. Das Vollstreckungsurteil kann also nicht deswegen versagt werden, weil das ausländische Gericht gegen die ausländischen Gesetze über sachliche Zuständigkeit verstoßen habe, geschweige denn deswegen, weil die ausländischen Vorschriften über Verteilung der Kompetenzen zwischen den verschiedenen Arten von Gerichten nicht mit den inländischen stimmen.

b) Der inländische Richter hat sowohl in rechtlicher wie in thatsächlicher Beziehung zu untersuchen, ob nach der Vorschriften des inländischen Rechts beurteilt ein ausländischer Gerichtsstand begründet ist. Daß auch die thatsächliche Seite der Zuständigkeitsfrage zu prüfen ist, bestätigen die Motive:

„Der inländische Richter hat die Frage, ob rücksichtlich der Zuständigkeit des Gerichts, dessen Urteil vollstreckt werden soll, ein Bedenken obwalte, nach den Vorschriften des inländischen Rechts, einschließlich der Vorschriften über die Prorogation zu prüfen, weil nur in diesem Recht die Grundlage für die Anerkennung der ausländischen Gerichtsbarkeit gefunden werden kann (preuß. A. GO. I 24, § 30, nordd. Entw. § 898). Dieser Grundsatz geht weiter, als die Vorschrift der hann. PrO. § 533, 29, daß die Vollstreckbarkeit zu versagen sei, wenn ein durch Prorogation nicht zu hebender Eingriff in die Zuständigkeit des angegangenen inländischen Gerichts vorliegt. . . . . . Bei der Prüfung der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts ist übrigens insoweit ein Eingehen auf die Sache selbst erforderlich, als die Zuständigkeit durch die dem Rechtsstreite selbst angehörigen Thatsachen bestimmt wird, z. B. zur Begründung des forum contractus der Ort der Erfüllung des Vertrages festzustellen ist; die Festsetzungen des zu vollstreckenden Urteils sind hierfür ebensowenig wie für andere die Zuständigkeit begründende Thatsachen maßgebend. Dagegen ist die Prorogation, soweit sie überhaupt zulässig, nicht ausgeschlossen."

ferner die Verhandlungen in der JK. d. RT. Der Abg. Dr. Bähr hatte beantragt, die Nr. 3 dahin zu fassen:

„wenn die thatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen der Zuständigkeit, die letzteren nach den Grundsätzen des Deutschen Reichs bemessen, nicht vorhanden waren." (KPr. S. 344.)

Der Antragsteller erklärte (KPr. S. 469): „dadurch zum Ausdruck bringen zu wollen, daß der deutsche Richter die Kompetenz des ausländischen Richters nicht bloß in abstracto prüfen, sondern auch untersuchen solle, ob derselbe in concreto kompetent gewesen sei." Dieser Antrag wurde der Red.-Komm. zur Berücksichtigung überwiesen, nachdem die Regierungsvertreter denselben als den Intentionen des Entw. entsprechend bezeichnet hatten. Über die Vorgänge in der Red.-Komm. referierte der Antragsteller: die Red.-Komm. habe zwar geglaubt, im Entw. sei dieser Gedanke nicht klar ausgedrückt; sie habe jedoch auch das vorgeschlagene Amendement für mißverständlich gehalten und sich mit den Regierungsvertretern dahin geeinigt, die Ziff. 3 in der Fassung des Entw. beizubehalten und folgende Erklärung über deren Sinn zu Protokoll zu geben:

„daß der deutsche Richter die Zuständigkeit des auswärtigen Gerichts nicht allein aus dem Gesichtspunkt zu prüfen habe, ob der auswärtige Richter die richtigen dem deutschen Recht entsprechenden Grundsätze über Zuständigkeit angewendet habe, sondern, ob auch die Thatsachen, auf welche diese Grundsätze angewendet werden, die Zuständigkeit des auswärtigen Gerichts zu begründen geeignet und erwiesen seien."

Daraus, daß auch die thatsächliche Seite der Zuständigkeitsfrage zur Kognition steht, folgt die Zulässigkeit neuer darauf bezüglicher Anführungen (nordd. Prot. IX S. 1979). [Vgl.

RG. 16. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 742 f., OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 154.]

c) Der inländische Richter hat zunächst zu prüfen, ob bei dem Gerichte, dessen Urteil vollstreckt werden soll, ein Gerichtsstand begründet ist; versagen darf er das Vollstreckungsurteil aber nicht schon, wenn dieses spezielle Gericht ihm nicht zuständig erscheint, sondern erst, wenn überhaupt bei keinem Gericht des Staates, welchem das ausländische Gericht angehört, ein Gerichtsstand nach dem Gesetze des Inlands begründet ist. Dies scheint nicht die Ansicht des Verfassers der cit. Motive gewesen zu sein und steht auch nicht im Einklang mit der obigen Feststellung der JK. d. RT.; hier wie dort ist immer von der Prüfung der Zuständigkeit des Gerichts die Rede, dessen Urteil vollstreckt werden soll. Aber die Gesetzesworte nötigen zu obiger Auslegung. [So auch A. Förster N. 3, Wach Vortr. S. 230 u. Handb. I S. 231, Hellmann Lehrb. S. 811, Francke a. a. O. S. 37, Kohler Ztschr. f. d. CPr. X S. 472. AM. Struckm. Koch N. 6, Wilm. Levy N. 5, Gaupp III S. 158, Petersen S. 927 f., Rintelen Ztschr. f. d. CPr. IX S. 457 ff.] — Ist für den Prozeß nach inländischem Gesetz ein ausschließlicher Gerichtsstand im Inlande begründet, so muß das Vollstreckungsurteil versagt werden [vgl. Francke S. 37 f.].

d) Der inländische Richter hat nicht zu prüfen, ob nach inländischem Recht für die Streitsache, in welcher das ausländische Urteil ergangen ist, der Rechtsweg zulässig ist. Denn das Gesetz unterscheidet zwischen Zuständigkeit und Zulässigkeit des Rechtswegs (§§ 247 Nr. 1 und 2). Ist nach inländischem Recht der Rechtsweg unzulässig, so erfolgt die Prüfung der Zuständigkeit hypothetisch, nämlich unter der Unterstellung der Zulässigkeit des Rechtswegs.

6. Zu Nr. 4: Diese Vorschrift ist nur anwendbar, wenn der Schuldner zur Zeit der Zustellung der den ausländischen Prozeß einleitenden Ladung oder Verfügung ein Deutscher war und zur Zeit der Erhebung der Vollstr.-Klage noch Deutscher ist [vgl. Francke a. a. O. S. 39]. Auf den Prozeß eingelassen hat sich der Schuldner, wenn er erschienen ist und verhandelte. Einlassung *zur Hauptsache* ist nicht nötig. Nur Versäumnisurteile gegen den im Verlaufe des Prozesses niemals erschienenen inländischen Schuldner sollen im Inland nicht vollstreckt werden. War der Schuldner einmal erschienen, ist aber später in der gleichen oder in der höheren Instanz ausgeblieben und kontumaziert worden, so ist Nr. 4 nicht anwendbar. [Vgl. Wach I S. 233 f.] — Den Gegensatz zur Zustellung an den Schuldner *in Person* bildet die öffentliche Zustellung und Ersatzzustellung, nicht die Zustellung an einen Bevollmächtigten. Ist im Auslande dem Schuldner in Person zugestellt, so kommt es nicht darauf an, ob die Zustellung den Bestimmungen der deutschen PrO. entspricht [bay. o. LG. SA. XLI Nr. 315]. Ist durch Gewährung der Rechtshülfe *in Deutschland* zugestellt, so genügt Zustellung nach §§ 166—169. Über die Gewährung der Rechtshülfe an außerdeutsche Staaten bestehen zur Zeit keine Verträge des deutschen Reichs, wohl aber Verträge einzelner Bundesstaaten. Diese sind durch die deutschen Reichsjustizgesetze nicht berührt.

7. Zu Nr. 5: a) *Gegenseitigkeit* ist vorhanden, wenn in dem betr. Auslande die Urteile deutscher Gerichte ohne Nachprüfung ihrer Gesetzmäßigkeit unter denselben oder unter noch weniger Voraussetzungen vollstreckt werden, als nach inländischem Recht zur Vollstreckung ausländischer Urteile erforderlich sind [vgl. Francke a. a. O. S. 46 ff., Wach I S. 234 ff., RG. 19. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 124 S. 409]. Ob dies der Fall ist, hat das Gericht im einzelnen Falle zu prüfen. Der Kläger hat das Interesse, dem Gericht das Dasein der Gegenseitigkeit darzuthun. Von Beweislast ist jedoch nicht die Rede, da es sich bei der Prüfung des Vorhandenseins der Gegenseitigkeit um die Ermittelung ausländischen objektiven Rechts handelt; deswegen ist dem Gerichte unverwehrt, von den Parteien nicht angebotene Erkenntnis-

mittel sich zu verschaffen und zu benutzen (§ 265). [AM. wie es scheint RG. 7. März 1882 Entsch. VI Nr. 114 S. 374.]

b) Die Gegenseitigkeit kann verbürgt sein durch in dem ausländischen Staate geltendes Gesetz oder Gewohnheitsrecht, durch Staatsverträge und durch Deklarationen (KPr. S. 447 f.). Die Thatsache, daß die Gerichte des Auslandes deutsche Urteile vollstrecken, kann, wenn die sog. opinio necessitatis dazukommt, zum Nachweise eines Gewohnheitsrechts dienen; aber jene Thatsache allein kann schwerlich als Verbürgung der G. gelten (was in der JK. d. RT. KPr. S. 447 behauptet ward), weil keine Gewähr für die Stetigkeit vorhanden ist. — Das Reich hat zur Zeit noch keine Verträge geschlossen, durch welche die Gegenseitigkeit in dem bezeichneten Punkte verbürgt ist. Wohl aber existieren derartige Verträge der Einzelstaaten, und diese Verträge sind durch die deutschen Reichsjustizgesetze nicht berührt.

c) **Verbürgt** ist hiernach die Gegenseitigkeit zwischen Deutschland und Österreich auf Grund der Wiener Hofdekrete v. 18. Mai 1792 und 15. Febr. 1805 [vgl. Menger Syst. d. österr. CPr. I S. 174, Wiener ob. Gerichtshof SA. XXXVII Nr. 79, RG. 22. Sept. 1883 SA. XXXIX Nr. 171, OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 402; preuß. JMReskr. v. 13. Okt. 1882 in Jur. Wochenschr. 1883 S. 138], Ungarn auf Grund d. ung. Ges. v. 1. Juni 1881 [Francke a. a. O. S. 59, preuß. JMReskr. a. a. O.], Italien auf Grund d. ital. CPrO. Art. 94 [S. 61, 74], Spanien (?) nach F. Silvela Journ. du droit intern. pr. VIII S. 20 ff., Francke a. a. O. S. 59, 74] und einigen Schweizer Kantonen [näheres bei Francke a. a. O. S. 75 ff.]. **Nicht verbürgt** ist die Gegenseitigkeit gegenüber Frankreich [vgl. C. de proc. art. 546, c. civ. art. 2123, 2128, Francke S. 53], England [Francke S. 54, RG. 19. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 124 S. 406, vgl. a. VI N. 114], Schweden [Francke S. 46, RG. 29. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 115 S. 386 ff.], Rußland [RG. 30. Okt. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 890, OLG. Karlsruhe SA. XXXVII Nr. 277, Bschorner jur. Wochenschr. 1883 S. 237 ff., CBl. f. d. DR. 1883 S. 135, preuß. JMBl. 1883 S. 47; Engelmann die Zwangsvollstreckung auswärt. richterl. Urteile in Rußland Leipz. 1884 und Wach I S. 245 nehmen für die Ostseeprovinzen Gegenseitigkeit an; dagegen Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 461, pr. JMBl. 1883 S. 192]. — Materialien enthalten: Foelix traité du droit international ed. 4. Paris 1866 t. 2, Fr. T. Piggot foreign judgements London 1879, 1881, Ch. Constant de l'exécution des jugements étrangers Paris 1883, F. Moreau effets internationaux de jugements Paris 1884, G. Fusinato l'esecuzione delle sentenze straniere Roma 1884 sowie das Journal du droit international privé. Vgl. a. Wach I S. 239 ff.

8. Die Vollstreckungsklage der §§ 660, 661 beruht darauf, daß das ausländische Urteil, insoweit nicht eine der Ausnahmen des § 661 Abs. 2 eingreift, im Inlande als res iudicata respektiert wird (vgl. Bem. 2 zu § 660). Soweit eine der Ausnahmen des § 661 eingreift, werden ausländische Urteile in Deutschland nicht als res iudicata respektiert. Es kann also auf ein ausländisches Urteil in Deutschland auch die exceptio rei iudicatae gestützt werden, insoweit nicht eine der Ausnahmen des § 660 Abs. 2 vorliegt. Liegt aber eine dieser Ausnahmen vor — waren die Gerichte des Auslandes nicht zuständig (§ 661 Nr. 3), hatte sich der als Schuldner verurteilte Deutsche nicht auf den Prozeß eingelassen und war er nicht im Auslande persönlich oder im Inlande durch Rechtshülfe geladen (§ 661 Nr. 4), oder ist die Gegenseitigkeit in Bezug auf Respektierung der Urteile als res iudicata nicht verbürgt — so kann die exc. rei iud. auf das ausländische Urteil nicht gestützt werden. Dies gilt gleichmäßig für Urteile, welche verurteilen, wie auch für solche, welche die Klage abweisen, und für Feststellungsurteile. [So auch Struckm. Koch N. 10, Wilm. Levy N. 7, Gaupp III S. 160, Petersen S. 924 f., Wach I S. 225 f., Kohler Ztschr. f. d. CPr. X S. 464,

RG. 28. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 115 S. 386 ff. spez. bezügl. d. Gegenseitigkeit. AM. Siebenhaar S. 626, Bar internat. Privatrecht S. 473, Francke S. 113 ff., welch letztere aus abweis. Urteilen stets die exc. rei iud. gewähren. Aber der Gedanke, daß der Kläger durch Angehen des ausländ. Gerichts sich der exc. rei iud. unterwerfe, ist unhaltbar.]

Die Einrede der Rechtshängigkeit kann auf Grund eines im Auslande anhängigen Prozesses erhoben werden, wenn für das zu erwartende Urteil die Möglichkeit der Rechtskraftwirkung im Inlande besteht. Ob dies der Fall ist, ist nach § 661 zu beurteilen [vgl. Wach I S. 247, ROHG. 6. Dez. 1872 Entsch. VIII Nr. 43 S. 168, aber auch ROHG. 30. März 1886 XIX Nr. 121 S. 418].

§ 662.

Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils (vollstreckbare Ausfertigung).

Die vollstreckbare Ausfertigung wird von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gerichte anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichts erteilt.

Mot. S. 403, 404. KPr. S. 347—350, 564, 565.

1. Die Vollstreckungsklausel soll nach den Motiven den Gerichtsvollziehern die Prüfung der Vollstreckbarkeit nach den außerhalb der Urkunde liegenden Voraussetzungen entziehen. Übrigens ist die Klausel auch nötig, um die gerichtliche Vollstreckungsthätigkeit zu erwirken [Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 296 f.].

2. Die Vollstreckungsklausel ist bei allen Urteilen, auch bei vorläufig vollstreckbaren und bei Vollstreckungsurteilen (§§ 660, 868) nötig. Nicht minder bedürfen der Klausel die sonstigen Vollstreckungstitel (§§ 702, 703, KO. §§ 152 Abs. 2, 179). Ausgenommen sind Vollstreckungsbefehle (§ 704 Abs. 1), Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen (§§ 809 Abs. 1, 815); diese drei Titel bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach der Erlassung eine Rechtsnachfolge auf Seite des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist. Über die Anwendbarkeit des § 662 auf die Entscheidungen der Strafgerichte, in welchen auf Vermögensstrafe oder Buße erkannt ist, s. Bem. Nr. 5 vor § 644.

3. Auf die Zuständigkeit des Gerichtsschreibers zur Erteilung der Vollstreckungskausel findet Bem. Nr. 2 zu § 646 entsprechende Anwendung. Wegen Anfechtung der Entscheidung vgl. Bem. Nr. 4 zu § 646. Klage ist nur in den Fällen der §§ 664, 665 möglich (§ 667). Wegen Einwendungen des Schuldners gegen Erteilung der Vollstreckungsklausel s. § 668. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist Bestandteil des Vollstreckungsverfahrens, erfolgt daher auch während der Gerichtsferien [vgl. OLG. Jena SA. XXXIX Nr. 170].

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 15 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 24, 35.

§ 663.

Die Vollstreckungsklausel:

„Vorstehende Ausfertigung wird dem u. s. w. (Bezeichnung der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt."

ist der Ausfertigung des Urteils am Schlusse beizufügen, von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

Mot. S. 404. KPr. S. 350, 564.

Die Motive bemerken: „Die Form der Vollstreckungsklausel ist nur in ihren wesentlichen Teilen vorgeschrieben (§ 663), durch welche sie die vollstreckbare Ausfertigung als solche kennzeichnet und die möglicherweise an verschiedene Parteien zu erteilenden Aus-

fertigungen von einander unterscheidet. In diesen Rahmen können alle für den einzelnen Fall noch erforderlichen Zusätze eingefügt werden. Dahin gehört z. B. die Beschränkung auf einen Teil des Streitgegenstandes, die Bezeichnung des Rechtsnachfolgers der einen oder der anderen Partei, für oder gegen welche die Vollstreckung stattfinden soll, die Konstatierung der Notorietät (§ 665 Abs. 2), die Bezeichnung der produzierten öffentlichen Urkunden (§ 665 Abs. 1) oder des in concreto vorliegenden Rechtsnachfolgeverhältnisses (Erbe, Cedent ꝛc.), die Beschränkung der Vollstreckung auf Sicherheitsleistung, die Bezeichnung der Vollstreckung als einer vorläufigen oder definitiven, falls ein solcher Unterschied von Bedeutung ist."

§ 664.

Von Urteilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer anderen Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird.

Mot. S. 404, 405, 411. KPr. S. 350, 351, 564, 713.

1. Die Motive bemerken: „Dem Gerichtsvollzieher soll überhaupt nichts weiter als die unbedingte Vollstreckung eines vollständig bestimmten Urteils überlassen werden. Deshalb soll von Urteilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Thatsache abhängt, vor dem Eintritt dieser Thatsache eine vollstreckbare Ausfertigung überhaupt nicht erteilt werden. Die Feststellung, daß eine solche Thatsache eingetreten ist, braucht nicht erst wieder im Wege der Klage zu erfolgen; die im Urteile gegebene Entscheidung rechtfertigt es, den Nachweis durch öffentliche Urkunden für genügend anzunehmen, um daraufhin die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen. Nur der Eintritt eines bestimmten Kalendertages, welcher an sich keines Beweises bedarf, sowie die Leistung einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheit, von welcher nach Inhalt des Urteils die Vollstreckung abhängig gemacht ist, kann unbedenklich von dem Gerichtsvollzieher festgestellt werden und ist daher nicht eine solche Thatsache, deren Eintritt vor Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung abgewartet werden muß (§§ 664, 672)."

Zu den Urteilen, auf welche § 664 Anwendung findet, gehört auch das Urteil, nach welchem die Leistungs-, Handlungs- oder Unterlassungspflicht des Schuldners von einer Vorleistung des Gläubigers abhängt, dgl. das Urteil nach § 10 des Anf.-Ges. v. 21. Juli 1879. Anwendbar ist § 664 auch auf die Zwangsvollstreckung aus den tabellarischen Feststellungen im Konkurs (KO. § 152 Abs. 2) und aus dem Zwangsvergleiche (KO. § 179), soweit suspensiv bedingte oder befristete Forderungen festgestellt sind.

Wegen des Begriffs „öffentliche Urkunde" s. Bem. Nr. 1 zu § 380.

2. Die Verurteilung zu einer Leistung gegen Gegenleistung („Leistung Zug um Zug") fällt nicht unter die Bestimmung des § 664; die Vollstreckungsklausel kann nicht deswegen versagt werden, weil der Gläubiger noch nicht geleistet hat. Die Mot. S. 411 erwähnen dies ausdrücklich; sie bemerken: „Die Rechte beider Parteien bestimmen sich nach Civilrecht, und die Erfahrung lehrt, daß besondere Schwierigkeiten hierbei auch durch die Selbständigkeit der Gerichtsvollzieher nicht erwachsen." Es ergiebt sich dies auch aus der Natur eines Anspruchs auf Leistung Zug um Zug. Ein solcher Anspruch ist nicht durch Vorleistung bedingt. Der Gläubiger kann die Leistung verlangen, ohne geleistet zu haben; folglich muß er auch, natürlich immer nur gegen Leistung von seiner Seite, exequieren können, ohne die Vorleistung oder ein vorheriges Angebot (zu dem er nicht verbunden ist!) nachgewiesen zu haben. Die gegenteilige Ansicht würde das materielle Recht vergewaltigen und den Anspruch auf Leistung Zug um Zug im Exekutionsstadium in einen Anspruch auf Leistung gegen Vorleistung umgestalten. [Zustimmend: Struckm. Koch N. 1 zu § 664 und N. 2 zu

§ 672, Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 165, 180, Petersen S. 934 und 943, Endemann III S. 140, v. Bülow N. 3 zu § 664, A. Förster N. 3, Bunsen Zwangsvollstr. S. 22, Falkmann Zwangsvollstr. S. 36, Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 330 ff., Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 739 und Eccius (Förster) pr. PrR. I § 80 N. 10, Dernburg pr. PrR. II § 46 N. 6, RG. 31. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 427 ff., OLG. Jena SA. XXXVII Nr. 278. AM. Hellmann Komm. III S. 30 ff. u. Lehrb. S. 819, Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 436 f., Weismann Feststellungsklage S. 127, Wach Vortr. S. 236 ff., Kohler Arch. f. c. Pr. LXXII S. 29 ff.]

In der JK. d. RT. wurde versucht, die Vollstreckung eines Anspruchs auf Leistung Zug um Zug näher zu regulieren. Der betr. Antrag wurde jedoch, weil es mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der Fälle unmöglich sei, die Sache prozessualisch zu regeln, abgelehnt. Die Vorschriften des materiellen Rechts ergeben, daß Ansprüche auf Leistung Zug um Zug nur in der Art vollstreckt werden dürfen, daß die Partei, welche vollstrecken läßt, dem Gegner bei dem Beginn der Zwangsvollstreckung die Gegenleistung persönlich oder durch den Gerichtsvollzieher anbietet und während der Vollstreckung zu dessen Verfügung hält. Dem Exequendus steht das Recht zu, gegen die Art und Weise der Vollstreckung Einwendungen nach § 685 bei dem Vollstreckungsgericht zu erheben. Dagegen sind Einwendungen gegen die Ordnungsmäßigkeit der im Vollstreckungsstadium offerierten Gegenleistung materiellrechtlicher Natur und daher nach § 686 durch Klage bei dem Prozeßgericht geltend zu machen [vgl. Wilm. Levy N. 1 zu § 664, N. 2 zu § 686].

§ 665.

Eine vollstreckbare Ausfertigung kann für den Rechtsnachfolger des in dem Urteile bezeichneten Gläubigers sowie gegen die allgemeinen Rechtsnachfolger des in dem Urteile bezeichneten Schuldners und unter Berücksichtigung der §§ 236, 238 gegen denjenigen Rechtsnachfolger dieses Schuldners erteilt werden, an welchen die in Streit befangene Sache während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreits veräußert ist, sofern die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird.

Ist die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig, so ist dies in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen.

Mot. S. 404, 405. KPr. S. 350, 351, 564, 713.

1. Die Motive bemerken: „Die Prüfung einer in der Person des Gläubigers oder des Schuldners eingetretenen Rechtsnachfolge ist dem Gerichtsvollzieher entzogen, so daß er die Vollstreckung nur für und gegen die bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung namhaft gemachten Personen ausführen darf. Die Bestimmung über die Vollstreckung gegen Rechtsnachfolger des Schuldners, an welche die streitige Sache nach Eintritt der Rechtshängigkeit veräußert ist, schließt sich an § 236 an, ohne den im § 238 vorbehaltenen Vorschriften des materiellen Rechts zu präjudizieren. Die Veräußerung nach Beendigung des Prozesses ist ausdrücklich der durante lite erfolgten hinsichtlich der Zulässigkeit der Exekution gegen den Erwerber gleichgestellt. Ist in der angegebenen Weise die Vollstreckbarkeit für oder gegen einen Rechtsnachfolger festgestellt, so darf nicht das bloße Bestreiten der Rechtsnachfolge durch den Schuldner den Gerichtsvollzieher zur Einstellung der Zwangsvollstreckung veranlassen; er ist durch die Vollstreckungsklausel gedeckt und hat, sofern keiner der Fälle des § 691 vorliegt, mit der Vollstreckung fortzuschreiten bis auf gegenteilige gerichtliche Anordnung; dem Schuldner bleibt nur die Anfechtung der Vollstreckbarkeit in dem durch die §§ 668, 685, 687 vorgezeichneten Wege."

2. „Rechtsnachfolger des . . . Gläubigers" sc. Singular- und Universalsuccessor;

ohne Unterschied, ob die Succession vor oder nach dem Urteile eingetreten ist [vgl. RG. 12. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 100 S. 333]; nach § 223 und nach § 236 kann es vorkommen, daß die vor dem Urteil eingetretene Rechtsnachfolge in dem Urteile unberücksichtigt geblieben ist. Ob die Vollstreckungsklausel auf sämtliche Erben solidarisch oder auf den einzelnen pro parte hereditatis zu erteilen ist, hängt von dem für den Erbfall maßgebenden Civilrecht ab. Nach gemeinem Recht ist die Klausel den einzelnen pro parte zu erteilen. Ist bei der Erbschaftsteilung einem Erben die ganze Forderung zugewiesen, so erhält er auf Nachweis dessen die Klausel für die ganze Forderung. Nach preuß. AL. kann vor der Teilung die Klausel nur für alle Erben gemeinschaftlich erteilt werden (arg. AL. I 17 § 151). — Nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gläubigers ist eine Umstellung der Klausel auf den Verwalter nötig, denn dieser ist Vertreter der Konkursgläubiger, zu deren Gunsten ein Pfandrecht an der Konkursmasse entsteht. [Vgl. L. Seuffert zur Geschichte und Dogmatik des. d. Konk.-Rechts I S. 81 ff., wo auch abweichende Meinungen angeführt sind.] Wird der Gläubiger unter Vormundschaft gestellt, so kann sein Vormund ohne Umstellung vollstrecken lassen; denn dabei geht keine Succession vor.

3. „Die allgemeinen Rechtsnachfolger des . . . Schuldners" — ohne Unterschied, ob die Succession vor oder nach dem Urteile eingetreten ist; nach § 223 kann es vorkommen, daß die vor dem Urteil eingetretene Universalsuccession in dem Urteile unberücksichtigt geblieben ist. — Ist über das Vermögen des im Urteil bezeichneten Schuldners Konkurs eröffnet, so bedarf es zur Zwangsvollstreckung gegen die durch den Konkursverwalter vertretene Masse keiner Umstellung des Urteils, weil keine Succession in die Schuld vorliegt; dies ist für Aussonderungs- und Absonderungsansprüche bedeutsam. — Ist das Urteil gegen eine Handelsgesellschaft ergangen, so ist auch bei eingetretener Veränderung der Gesellschafter das Urteil ohne Umstellung in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar [Sommer Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 360], ebenso während der Liquidation. Ein die Gesellschaft verurteilendes Erkenntnis ist aber trotz HGB. Art. 112, 113 kein Titel zur Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter, weil durch das Urteil zwar der Bestand einer Gesellschaftsschuld gegen den einzelnen Gesellschafter festgestellt, persönliche Einwendungen aber — z. B. Kompensationseinrede mit eigener Forderung, pactum de non petendo in personam — nicht ausgeschlossen sind. Es kann daher von einer Umstellung der Vollstreckungsklausel auf die Person der einzelnen Gesellschafter nicht die Rede sein — ganz abgesehen davon, daß der § 665 eine Succession voraussetzt und daher auf den Fall nicht paßt. Vielmehr ist neue Klage nötig, um einen Titel zur Vollstreckung in das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters zu erlangen. [So auch Struckm. Koch N. 2 Abs. 3, Wilm. Levy N. 2, Gaupp III S. 167 f., Petersen S. 935, Mot. z. Entw. e. HGB. f. d. preuß. Staat (1857) S. 64, Behrend Lehrb. d. HR. I § 74 N. 12 S. 527, v. Hahn Komm. z. HGB. 3. Aufl. I S. 406, Puchelt Komm. z. HGB. 3. Aufl. S. 201, Lastig in Endem. HB. I S. 394, Dernburg pr. PrR. II § 221 N. 3, Renaud Komm.-Gesellsch. S. 401 f., v. Krämel Arch. f. Th. u. Pr. d. Hand. R. IV S. 25 ff., Keyßner eod. VII S. 196, Habicht eod. XLVI S. 357 ff., Eccius Ztschr. f. d. g. HR. XXXII S. 18, Sommer Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 371 ff., Unger Jahrb. f. Dogm. XXV S. 260, Gierke Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 553 N. 1 (vgl. 466 N. 1, 596), Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.-Ordn. S. 159, ROHG. 19. Juni 1872 Entsch. VI Nr. 93 S. 416, 26. Juni 1876 XX Nr. 54 S. 180; vgl. auch XXI Nr. 42 S. 130, sowie die sich nicht direkt mit der Vollstreckbarkeit befassenden UU. d. RG. Entsch. III Nr. 17 S. 57, Nr. 92 S. 339, V Nr. 16 S. 69, XIII Nr. 25 S. 96. AM. Siebenhaar S. 629, Endemann III S. 142, A. Förster N. 2B, Wach Handb. I S. 525, Römer Abhandl. (1877) S. 149 f.; vgl. auch Gareis

HR. 3. Aufl. S. 179, welcher die Vollstreckbarkeit gegen den einzelnen Gesellschafter annimmt, wenn dessen Name in der Firma steht, sonst nicht; eine unmögliche Unterscheidung!]

Der Erwerb eines Handelsgeschäfts bewirkt, auch wenn man [mit RG. Entsch. II S. 55] die Haftung des Erwerbers für alle Passiven annimmt, keine allgemeine Rechtsnachfolge; daher kann die Umstellung der Vollstreckungsklausel aus dem gegen den früheren Inhaber ergangenen Urteil auf den Erwerber abgesehen von §§ 236, 238 nicht stattfinden.

4. „Unter Berücksichtigung der §§ 236, 238 gegen denjenigen Rechtsnachfolger des Schuldners, an welchen . . . veräußert ist." Vgl. Bem. Nr. 3 u. 4 zu § 236, Bem. Nr. 4 Abs. 3 und Bem. Nr. 5 zu § 238. Die Umstellung ist insbesondere für die Fälle der hypothekarischen Klage bei Veräußerung des Hypothekenobjekts während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreits von praktischer Bedeutung.

Nach HGB. Art. 764 kann der Schiffsgläubiger, welcher sein Pfandrecht verfolgt, sowohl den Rheder als auch den Schiffer belangen; das gegen den Schiffer ergangene Erkenntnis ist in Ansehung des Pfandrechts gegen den Rheder wirksam. Hat der Schiffsgläubiger gegen den Schiffer A ein Urteil erwirkt und es tritt nach dem Urteil ein Wechsel in der Person des Schiffers ein, so kann gegen den Schiffer B die Vollstreckung (natürlich mit Beschränkung auf das Schiff und Zubehör 2c.) verlangt werden. Die Vollstreckungsklausel ist auf den Schiffer B umzustellen; denn das Schiff ist die in Streit befangene Sache; und wenn auch das Schiff nicht an den neuen Schiffer „veräußert" ist, so ist doch der Schiffer B Successor des A als dinglicher Schuldner [vgl. Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.-Ordn. S. 640 f.]. Zweifelhaft ist, ob der Schiffsgläubiger zu dem gegen den Schiffer erwirkten Urteil eine gegen den Rheder lautende Vollstreckungsklausel erwirken kann. Ein Successionsverhältnis zwischen Schiffer und Rheder ist nicht vorhanden; der § 665 ist also jedenfalls nicht direkt anwendbar. Aber man wird wohl auf Grund des HGB. Art. 764 Abs. 2 in entsprechender Anwendung des § 665 die Vollstreckungsklausel in der Richtung gegen den Rheder erteilen dürfen [vgl. Krech Fischer Komm. z. preuß. Subh.-Ordn. S. 642].

5. „Durch öffentliche Urkunde" — vgl. §§ 380, 382, 383. Privaturkunde mit beglaubigter Unterschrift genügt nicht [RG. 10. März 1884 Entsch. XIII Nr. 81 S. 330].

6. Über Fortsetzung der beim Tode des Schuldners begonnenen Zwangsvollstreckung s. § 693.

§ 666.

In den Fällen der §§ 664, 665 darf die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden.

Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden.

Die Anordnung ist in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen.

KPr. S. 347—350, 564, 565.

1. Der in der JK. d. RT. eingefügte § 666 entzieht in den Fällen der §§ 664, 665 die Erteilung der Vollstreckbarkeitsklausel der alleinigen Kognition des Gerichtsschreibers. Der Vorsitzende des Gerichts, dessen Gerichtsschreiber die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen hat, ist von dem Gerichtsschreiber um die Genehmigung zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung anzugehen. Die Zurückweisung des Gesuchs geht formell von dem Gerichtsschreiber aus. Folglich ist, wenn die Änderung verlangt wird, die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen (§ 539 Abs. 1); erst wenn das Prozeßgericht dem Gesuche nicht entsprechen will, ist das Gesuch nach § 540 Abs. 4 dem Beschwerdegericht vorzulegen. [So auch Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 169 f., Petersen S. 936, Hellmann Komm. III S. 32 und Lehrb. S. 818 f., Planck I § 36 N. 30, § 80 N. 45, Falkmann Zwangsvollstr. S. 91 u. a.

RG. 15. Nov. 1887 Entsch. XX Nr. 85 S. 375 ff. AM. Struckm. Koch N. 3, Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 334 f., welche direkte Beschwerde zum vorgesetzten Gericht zulassen.] Wird die vollstreckbare Ausfertigung auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt, so steht dem Gegner der Weg des § 668 zu Einwendungen offen. Erst gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts steht dem Schuldner sofortige Beschwerde zu, nicht gegen die Anordnung des Vorsitzenden. Dies wird durch § 687 a. E. direkt bestätigt. [So auch Wilm. Levy, Gaupp, Petersen, Hellmann, Endemann, Fitting, Planck a. a. O., Wach Vortr. S. 243. AM. Struckm. Koch, Brettner a. a. O.]

2. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 38 N. 2 (in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 24, 35.

3. Notare und Behörden entscheiden, insoweit ihnen die Erteilung der vollstr. Ausfertigung zufällt (§ 705 Abs. 2), auch in den Fällen der §§ 664, 665 ohne Richter.

§ 667.

Kann der nach den §§ 664, 665 erforderliche Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht geführt werden, so hat der Kläger bei dem Prozeßgerichte erster Instanz aus dem Urteile auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben.

Mot. S. 405. KPr. S. 351, 565.

1. „Kläger" — soll heißen: „Gläubiger" (Redaktionsversehen).

2. Die Klage kann erhoben werden, ohne daß ein Gesuch um Erteilung der Vollstreckungsklausel abgewiesen ward. Der Gläubiger, dessen Gesuch abgewiesen ward, kann die Klage erheben, ohne zuvor den Weg der Remonstration und der Beschwerde (s. Bem. Nr. 1 zu § 666) versucht zu haben.

3. Die Klage ist gegen die Person zu richten, gegen welche die Vollstreckungsklausel verlangt wird. Für das Verfahren gelten die allgemeinen Regeln. Nur die Zuständigkeit ist speziell geregelt. Ausschließlich (§ 707) zuständig ist das Prozeßgericht erster Instanz. In der Verhandlung können auch materiell-rechtliche Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch, soweit solche nach § 686 zulässig sind, geltend gemacht werden; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 686. [So auch Struckm. Koch N. zu § 667, Wilm. Levy N. 1 zu § 667, Gaupp III S. 171, Petersen S. 937, A. Förster N. 3, v. Sarwey II S. 126. AM. Siebenhaar S. 630, Hellmann Komm. III S. 35 und Lehrb. S. 828, Rintelen Ztschr. f. d. CPr. IX S. 205.] Werden die Einwendungen in dem Verfahren nach § 667 nicht vorgebracht, so können sie immer noch im Wege der Klage (§ 686) geltend gemacht werden [RG. 20. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 119 S. 435].

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8; GO. f. RA. § 20.

§ 668.

Über Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, entscheidet das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel erteilt ist. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Das Gericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen sei.

Mot. S. 407. KPr. S. 351, 565.

1. Dreierlei Arten von Einwendungen im Zwangsvollstreckungsverfahren werden im Gesetze unterschieden:

a) die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel;

b) die Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche gegen den Modus der Vollstreckung oder gegen das Verfahren des Gerichtsvollziehers gerichtet sind;

c) die Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen.

Nur auf die Einwendungen ad a beziehen sich die §§ 668 und 687; die Einwendungen ad b sind in § 685, die ad c in § 686 behandelt.

2. Die Motive bemerken: „Die Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel (§§ 668, 687) können den Eintritt der Rechtskraft bestreiten oder sich mit Rücksicht auf die §§ 664, 665 auf die Behauptung gründen, daß eine der formellen gesetzlichen Voraussetzungen bei Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht vorhanden gewesen, daß z. B. die Succession seitens des Gläubigers nicht durch eine öffentliche Urkunde erwiesen oder notorisch sei (vgl. hann. Prot. XI S. 4204 ff., 4213, 4219 ff.); sie können aber auch materieller Natur sein und ungeachtet des formell gehörig geführten Nachweises die Annahme als irrig angreifen, daß eine Rechtsnachfolge stattgefunden habe bzw. die bedingende Thatsache eingetreten sei. In jedem Falle kann der Schuldner die Entscheidung über diese Einwendungen nach Art einer Beschwerde über das Verfahren des Gerichtsschreibers (§ 539) bei demjenigen Gerichte extrahieren, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel erteilt hat, und gegen die Entscheidung dieses Gerichts findet demnächst Beschwerde statt (§ 701). Das auf diesem Wege und ohne die Notwendigkeit mündlicher Verhandlung erzielte Resultat entscheidet provisorisch zunächst nur die Frage, ob zu vollstrecken, bzw. ob die Vollstreckungsklausel aufrecht zu erhalten oder nicht, was in den meisten Fällen dem Schuldner genügen wird. Will er dagegen eine materielle Entscheidung über die bestrittene Existenz der Bedingung oder die Rechtsnachfolge haben, so kann diese nur im Wege des kontradiktorischen Verfahrens ergehen, bei welchem gegenüber dem formell ordnungsmäßigen Nachweise des Gläubigers der Schuldner auf den Weg der Klage zu verweisen ist (§ 687)."

Ist gemäß § 667 ein Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel erwirkt, so sind Einwendungen aus § 668 wie auch die Klage aus § 687 ausgeschlossen.

Die Einwendungen sind an keine Frist gebunden. Ist das Gericht, welches über die Einwendungen zu entscheiden hat, ein Amtsgericht, so können die Einwendungen durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers, ist das Gericht ein höheres, so müssen die Einwendungen in einem von einem Anwalte gefertigten Schriftsatz vorgebracht werden (arg. § 74 cf. § 532). — Wegen des Verfahrens vgl. Bem. Nr. 6 zu § 119 und Bem. Nr. 1 zu § 536. Wird entschieden, daß die Vollstreckungsklausel unzulässig sei, so ist die Klausel auf der Ausfertigung zu tilgen.

3. Die im Wege des § 668 (eventuell durch Beschwerde, § 701) erzielte Entscheidung ist eine endgültige bezüglich der prozessualischen Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel. Dagegen kann der Schuldner die materiell-rechtlichen Einwendungen gegen die Existenz der Bedingung (§ 664) oder der Rechtsnachfolge (§ 665) noch im Wege der Klage geltend machen (§ 687). [Vgl. RG. 3. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1165.]

4. Wegen Gebühren s. GKG. § 38 Nr. 2 in der Fassung d. RG. v. 29. Jun 1881; GO. f. RA. §§ 24, 35.

§ 669.

Eine weitere vollstreckbare Ausfertigung darf derselben Partei, sofern nicht die zuerst erteilte Ausfertigung zurückgegeben wird, nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden.

Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden.

Der Gerichtsschreiber hat von der Erteilung der weiteren Ausfertigung, wenn die Entscheidung, durch welche dieselbe angeordnet wird, nicht verkündet ist, den Gegner in Kenntnis zu setzen.

Die weitere Ausfertigung ist als solche unter Erwähnung der Entscheidung ausdrücklich zu bezeichnen.

Mot. S. 405, 406. KPr. S. 351, 565.

1. Zu Abs. 1 u. 2: Unter welchen Voraussetzungen eine weitere Ausfertigung zu erteilen sei, überläßt das Gesetz dem vernünftigen Ermessen. Abgesehen von dem Falle des Verlustes kann der Gläubiger mehrerer Ausfertigungen bedürfen, um die Zwangsvollstreckung an verschiedenen Orten oder gegen verschiedene Schuldner auszuführen (Mot. S. 406). In allen bedenklichen Fällen wird der Vorsitzende den Schuldner schriftlich oder mündlich hören (vgl. hann. Prot. XI S. 4083 ff., XVII S. 6334). — Wie im Falle des § 666 kann der Gläubiger gegen die Verweigerung, der Schuldner gegen die Bewilligung der zweiten Ausfertigung die Entscheidung des Gerichts, dessen Gerichtsschreiber die weitere Ausfertigung versagt oder erteilt, provozieren. Die Bem. Nr. 1 zu § 666 findet hierher entsprechende Anwendung. [AM. Struckm. Koch N. 4 zu § 669, Kleiner III S. 52, Möller Ztschr. f. d. CPr. V S. 297, welche sofortige Beschwerde an das höhere Gericht verlangen.]

2. Wegen der Gebühren s. GKG. § 38 Nr. 2 (in der Fass. des RG. v. 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 24, 32.

§ 670.

Vor der Aushändigung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist auf der Urschrift des Urteils zu bemerken, für welche Partei und zu welcher Zeit die Ausfertigung erteilt ist.

Mot. S. 406. KPr. S. 351, 565.

Die Bemerkung ist eine Obliegenheit des Gerichtsschreibers (Mot. S. 406).

§ 671.

Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteile oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Hängt die Vollstreckung eines Urteils seinem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer Thatsache ab oder handelt es sich um die Vollstreckung eines Urteils für die Rechtsnachfolger des in demselben bezeichneten Gläubigers oder gegen die Rechtsnachfolger des in demselben bezeichneten Schuldners, so muß außer dem zu vollstreckenden Urteile auch die demselben beigefügte Vollstreckungsklausel und, sofern die Vollstreckungsklausel auf Grund öffentlicher Urkunden erteilt ist, auch eine Abschrift dieser Urkunden vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt sein oder gleichzeitig mit Beginn derselben zugestellt werden.

Mot. S. 390, 391, 404, 405, 410, 411. KPr. S. 351, 565.

1. Nur für die in dem Urteil oder in der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnete Person darf die Zwangsvollstreckung erfolgen. Vgl. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 665. Lautet das Urteil zu Gunsten einer nicht prozeßfähigen Partei, so kann deren gesetzlicher Vertreter die Vollstreckung betreiben, auch wenn er nicht den Prozeß geführt

hat. Letzterenfalls hat der Gerichtsvollzieher und das um Vollstreckungshandlungen angegangene Gericht die Legitimation zu prüfen. — Der im Urteil genannte Gläubiger kann die Vollstreckung durch einen Bevollmächtigten betreiben. Die Prozeßvollmacht ermächtigt nach § 77 zum Betriebe der Zwangsvollstreckung. Daher ist die Vollmacht eines im Prozeß zugelassenen Vertreters nicht weiter zu prüfen. Wohl aber muß der Gerichtsvollzieher und das um Vollstreckungshandlungen angegangene Gericht die Vollmacht prüfen, wenn jemand, der nicht schon Prozeßbevollmächtigter war, die Zwangsvollstreckung verlangt.

Tritt nach Beginn der Zwangsvollstreckung eine Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite ein, so darf der Rechtsnachfolger die Vollstreckung nur fortsetzen, nachdem er die Vollstreckungsklausel auf sich hat umstellen und diese Klausel dem Schuldner nach Abs. 2 hat zustellen lassen. Die in der JK. d. RT. (KPr. S. 351) aufgestellte Behauptung, daß sich die Vorschriften des § 671 nur auf den Beginn der Zwangsvollstreckung beziehen, ist falsch.

2. Nur **gegen** die in dem Urteil oder in der Zwangsvollstreckung namentlich bezeichnete Person darf die Zwangsvollstreckung erfolgen. Vgl. Bem. Nr. 3 und 4 zu § 665. Daher darf aus dem einen Ehegatten verurteilenden Erkenntnis nicht Exekution in das Vermögen des anderen Ehegatten erfolgen, selbst wenn dieser nach ehelichem Güterrecht für die Schuld mit seinem Vermögen haftbar ist. Die Frage, wie sich bei Gütergemeinschaft die Exekution in das gemeinschaftliche Vermögen der Ehegatten auf Grund eines nur gegen einen Ehegatten lautenden Titels gestaltet, ist nur durch Untersuchung der einzelnen Gütersysteme zu lösen. Wegen des rhein.-franz. Rechts vgl. RG. 20. April 1883 Entsch. X Nr. 78 S. 276.

Stirbt der Schuldner nach Beginn der Zwangsvollstreckung, so kann die Vollstreckung in den Nachlaß fortgesetzt werden (§ 693). Dagegen bedarf es einer neuen, gegen den Erben lautenden Vollstreckungsklausel und deren Zustellung, um die Vollstreckung in das Vermögen des Erben auszuführen.

3. Vor oder bei dem Beginn der Zwangsvollstreckung muß das Urteil, welches vollstreckt werden soll, **zugestellt** werden. Einmalige Zustellung genügt zu wiederholter Vollstreckung auf Grund desselben Urteils. Dies ist insbesondere für die entsprechende Anwendung des § 671 auf die Vollstreckungstitel der §§ 702, 703 bedeutsam. [Vgl. Bl. für RA. Erg. Bd. VI S. 353 ff., VII S. 97 ff.] Die Zustellung geschieht an den Schuldner; hat er in der Instanz, in welcher das Urteil erlassen ist, einen Prozeßbevollmächtigten bestellt, so muß die Zustellung an diesen erfolgen (§ 162), sonst ist sie ungültig (s. Bem. Nr. 4 zu § 162) [vgl. Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 519 ff.]. Hat der Schuldner das Urteil dem Gläubiger zustellen lassen, so bedarf es keiner Zustellung seitens des Gläubigers an den Schuldner; denn die Zustellung hat keinen anderen Zweck, als dem Schulder von dem vollständigen Urteil Kenntnis zu geben; hat der Schuldner dem Gläubiger zugestellt, so hat er diese Kenntnis [vgl. Planck I S. 470 N. 35. AM. A. Förster N. 3.]. Die Zustellung der Vollstreckungsklausel ist in den Fällen des Abs. 2 notwendig. In diesen Fällen ist auch die Zustellung der öffentlichen Urkunden nötig, auf Grund deren die Vollstreckungsklausel erteilt ist.

Ein Befriedigungsgebot (executoriales) kennt das Gesetz nicht (vgl. S. 751).

4. Die Vorschriften des § 671 sind absolutes Recht. Ein Verstoß gegen dieselben macht die Vollstreckung ungültig. Insbesondere hängt die Gültigkeit der Vollstreckung von der vorherigen oder gleichzeitigen Zustellung des Urteils oder sonstigen Vollstreckungstitels ab. [Vgl. RG. VI Nr. 120 S. 358, VIII Nr. 128 S. 429, XIV Nr. 94 S. 335, diese vor dem RG. v. 30. April 1886 liegenden UU. erklären die Arrestvollziehung ohne Zustellung des Arrestbefehls für ungültig; ferner RG. 4. Juni 1886 Bl. f. RA. Erg. Bd. VII S. 128.

AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 394 f., 421 ff.] Eine Ausnahme gilt für Arrestbefehl und einstw. Verfügung auf Grund des durch RG. v. 30. Apr. 1886 angefügten Abs. 3 des § 809.

§ 672.

Ist die Geltendmachung des Anspruchs von dem Eintritte eines Kalendertages abhängig, so darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn der Kalendertag abgelaufen ist.

Hängt die Vollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung ab, so darf der Beginn der Zwangsvollstreckung nur erfolgen, wenn die Sicherheitsleitsleistung durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Mot. S. 404, 405, 411. KPr. S. 351, 377, 378, 565.

Vgl. § 664 nebst den Bemerkungen. Öffentliche Urkunde — s. §§ 380, 382, 383. — Eine gegen § 672 verstoßende Vollstreckung ist ungültig.

§ 673.

Gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson darf die Zwangsvollstreckung erst beginnen, nachdem von derselben die vorgesetzte Militärbehörde Anzeige erhalten hat.

Dem Gläubiger ist auf Verlangen der Empfang der Anzeige von der Militärbehörde zu bescheinigen.

Mot. S. 391, 411. KPr. S. 351, 352, 377—383, 565, 682.

1. Nach den Entwürfen sollte die Zwangsvollstreckung gegen Militärpersonen von der Erteilung einer sog. Paritionsordre (preuß. KO. v. 4. Juni und 8. Sept. 1822 GS. S. 209) bedingt sein. In der JK. d. RT. wurde dies geändert.

2. „Dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson" — s. Bem. Nr. 2 zu § 14. Zu den Militärpersonen gehören auch die Militärbeamten. — „Vorgesetzte Militärbehörde" — s. Bek. im CBl. f. d. DR. 1880 Nr. 26, preuß. JMBl. 1880 S. 156. — Die Anzeige ist von dem Gerichtsvollzieher zu erstatten.

3. Eine Aufhebung der in Abs. 1 enthaltenen Beschränkung der Zwangsvollstreckung durch vorgängige Einwilligung des Schuldners ist ohne rechtliche Wirkung (RMil.-Ges. vom 2. Mai 1874 § 45 Abs. 2).

4. Wegen Zwangsvollstreckung in Kasernen s. § 699; wegen Haft der Militärpersonen s. §§ 785, 786, 793.

§ 674.

Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben.

Der Gläubiger kann wegen Erteilung des Auftrags zur Zwangsvollstreckung die Mitwirkung des Gerichtsschreibers in Anspruch nehmen. Der von dem Gerichtsschreiber beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als von dem Gläubiger beauftragt.

Mot. S. 388, 389, 411. KPr. S. 353, 565.

1. Der Gerichtsvollzieher ist Beamter (GVG. § 155) und zugleich Beauftragter der Partei (CPrO. §§ 674, 675). Die Beamteneigenschaft schließt ein nach den civilrechtlichen Regeln zu beurteilendes Auftragsverhältnis zwischen dem GV. und der Partei nicht aus, modifiziert aber in einzelnen Beziehungen die Anwendbarkeit der Regeln über Mandat. Als Beauftragter der Partei begründet der GV. für die Partei Rechte und Pflichten, erwirbt Pfandrechte (§ 712), nimmt Zahlungen in Empfang, stellt Quittungen aus (§§ 675, 716, 720). [Vgl. Mot. S. 388 u. S. 411, Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 182, Petersen S. 945, A. Förster N. 1 zu § 152 u. N. 2 zu § 674, Hellmann Komm. III S. 43, Endemann III S. 154, v. Sarwey II S. 132, Fitting § 20 II, Wach I S. 322 N. 28, Dernburg pr. PrR. II § 298 N. 28, Schultze Privatrecht und Prozeß I S. 50 f., 96 f., dazu L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 190, Mandry d. civilr. Inhalt &c. 3. Aufl. S. 341 N. 18, Weismann Hauptintervention S. 41 ff., Falkmann Zwangsvollstr. S. 65, Rudolph Jahrb. f. Dogm. XX S. 382 ff., Kühne Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 504, Westerburg eod. S. 878 f., Glasenapp eod. XXIV S. 291, Jastrow Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 358 ff., Hahn Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 330 ff., OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 415, OLG. Hamburg SA. XXXVII S. 358 und jetzt nach einigem Schwanken — s. Entsch. IX S. 361 u. X S. 233 — auch RG. verein. CS. 10. Juni 1886 XVI S. 396 ff. in durchschlagender Begründung; vgl. auch RG. 10. Jan. 1887 XVII Nr. 80 S. 392 ff. u. RG. 5. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 106 S. 362. Dagegen wird das Beamtenverhältnis einseitig urgiert und das Auftragsverhältnis zur Partei bestritten von Planck I S. 136, dagegen L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XI S. 196, Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 240 ff. u. Arch. f. c. Pr. LXVI S. 183 ff., Nessel eod. XXVIII S. 97 ff., Eccius Förster pr. PrR. II § 141 N. 33 cf. § 154 N. 3, Bunsen Zwangsvollstr. S. 123 ff., Krech Fischer Komm. z. preuß. Subh.-Ordn. S. 604, v. Schrutka-Rechtenstamm Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIII S. 567 ff., Hellmann Bl. f. RA. LIII S. 273, 290, 308.] — Über Ausschließung des Gerichtsvollziehers s. GVG. § 156.

2. Zu Abs. 2: Vgl. § 152. — Gerichtsschreiber — sc. der des Vollstreckungsgerichts (§ 684); vgl. preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. AG. § 19 Abs. 2, 4 und GA. f. GV. § 49 Abs. 1.

§ 675.

In dem schriftlichen oder mündlichen Auftrage zur Zwangsvollstreckung in Verbindung mit der Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung liegt die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, die Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittieren und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern.

Mot. S. 411, 412. KPr. S. 353—358, 565.

1. § 675 bestimmt den Umfang der Befugnisse des GV., welcher seitens der Partei den Auftrag zur Zwangsvollstreckung und die vollstreckbare Ausfertigung des Vollstreckungstitels erhalten hat. a) Der unter Übergabe der vollstr. Ausfertigung z. Zwangsv. beauftr. GV. ist befugt, Zahlungen als Stellvertreter der Partei in Empfang zu nehmen. Der Schuldner wird durch die Zahlung oder Leistung an den GV. befreit; der Gläubiger trägt von diesem Momente an die Gefahr, insbesondere auch die der Veruntreuung durch den GV. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger gegen den Staat, welcher den GV. angestellt hat, Regreß nehmen kann, ist nach dem Landesrecht zu beurteilen. Gemeinrechtlich läßt sich die Haftbarkeit des Staates nicht begründen. b) Der GV. ist befugt, über das

Empfangene Quittung auszustellen. (vgl. § 677). Den Namen der Partei zu zeichnen ist der GV. nicht befugt. c) Der GV. darf dem Schuldner, welcher der in dem vollstr. Titel ausgedrückten Verbindlichkeit genügt hat, die vollstr. Ausfertigung ausliefern. — Wegen Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Befugnisse des GV. s. Bem. Nr. 3 zu § 676.

Der gesetzliche Umfang der Befugnisse des zur Zwangsvollstr. beauftr. GV. ist andererseits auf die Vollstreckungsthätigkeit und die in § 675 bezeichneten Handlungen beschränkt. Der GV. kann also, ohne dazu besonders ermächtigt zu sein, nicht Vergleich schließen, Nachlaß oder Stundung gewähren, Hingabe an Zahlungsstatt annehmen 2c. Er kann auch nicht beliebig substituieren (vgl. preuß. GVO. § 35).

2. Der Auftrag zur Vollstreckung kann jederzeit zurückgenommen werden. Solange jedoch der Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung in Händen hat, greift § 676 ein.

3. Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. §§ 4, 11 u. 12 Nr. 4 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881.

§ 676.

Dem Schuldner und dritten gegenüber wird der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der im § 675 bezeichneten Handlungen durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ermächtigt. Der Mangel oder die Beschränkung des Auftrags kann diesen Personen gegenüber von dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden.

Mot. S. 411, 412. KPr. S. 353–358, 565.

1. Der GV. darf Vollstreckungs- sowie die in § 675 bezeichneten Handlungen nur vornehmen, wenn die vollstreckbare Ausfertigung sich in seinem Besitz befindet (nordd. Prot. IV S. 1981, preuß. GO. f. d. GV. § 49 Abs. 3). Der Schuldner kann die Vorzeigung dieser Ausfertigung verlangen; er braucht Zahlung 2c. an den GV. nur zu leisten, wenn der GV. die vollstr. Ausfertigung besitzt. Zahlt der Schuldner einem GV., welcher die vollstr. Ausfertigung nicht besitzt, so wird er nur befreit, wenn der GV. zur Empfangnahme ermächtigt war oder wenn der Gläubiger die Zahlung an den GV. genehmigt, natürlich auch durch Ablieferung an den Gläubiger.

2. Einerlei ist, ob der GV. den Besitz der vollstr. Ausfertigung mit oder ohne den Willen des Gläubigers erlangt hat. Auch letzterenfalls ist er dem Schuldner und dritten gegenüber legitimiert — Kollusion natürlich ausgeschlossen.

3. Der Gläubiger kann weder den Mangel (Nichterteilung oder Zurücknahme) des Auftrags noch eine Beschränkung der in § 675 bezeichneten Befugnisse dem Schuldner oder dritten gegenüber geltend machen. Die innere Seite des Auftragsverhältnisses zwischen dem Gläubiger und dem GV. ist dadurch nicht berührt. Nimmt der GV. einen Auftrag an, bei dessen Erteilung ihm einzelne der in § 675 genannten Befugnisse entzogen oder sonstige Beschränkungen, z. B. bezüglich der Art und Weise der Vollstreckung, auferlegt sind, so wird er durch Zuwiderhandeln dem Gläubiger haftbar. Ist der Gläubiger oder ein von demselben zur Empfangnahme Ermächtigter 2c. mit dem GV. erschienen, so kann jener verlangen, daß ihm selbst gezahlt werde (Mot. S. 412, KPr. S. 354).

4. Der Auftrag zur Zwangsvollstreckung hat nicht zur Folge, daß unzulässige oder ungesetzliche Vollstreckungshandlungen des GV. vom Gläubiger zu vertreten sind. Vgl. Anl. des mündlichen Ber. d. IX Komm. d. R. über die Entw. d. GKG., GO. f. GV. und d. GO. f. Z. u. Sachv. v. 11. Mai 1878, zu § 41 Nr. 9 des Entw. = § 47 Nr. 14 des GKG., RG. 12. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1170.

§ 677.

Der Gerichtsvollzieher hat nach Empfang der Leistungen dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung auszuliefern, bei teilweiser Leistung diese auf der vollstreckbaren Ausfertigung zu bemerken und dem Schuldner Quittung zu erteilen.

Das Recht des Schuldners, nachträglich eine Quittung des Gläubigers selbst zu fordern, wird durch diese Bestimmungen nicht berührt.

Mot. S. 412. KPr. S. 353, 565.

1. Zu Abs. 1: Die Quittung des GV. ist eine öffentliche Urkunde (§§ 380, 383), denn der GV. ist Beamter. In der nordd. Komm. wurde zwar abgelehnt, die Quittung ausdrücklich als öffentliche Urkunde zu bezeichnen (nordd. Prot. IV S. 1987, 1988); dieselbe hat jedoch alle Eigenschaften einer solchen. — Zur Auslieferung der vollstreckbaren Ausfertigung rc. ist der GV. nur verbunden, wenn ihm geleistet wird (KPr. S. 358). — Hat der Schuldner den Gläubiger ohne Zwangsvollstreckung befriedigt, so hat derselbe keinen Anspruch auf Auslieferung der vollstr. Ausfertigung [OLG. Marienwerder SA. XXXVII Nr. 354].

2. Zu Abs. 2: Ob der Schuldner eine Quittung des Gläubigers fordern kann, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen.

§ 678.

Der Gerichtsvollzieher ist befugt, die Wohnung und die Behältnisse des Schuldners zu durchsuchen, soweit der Zweck der Vollstreckung dies erfordert.

Er ist befugt, die verschlossenen Hausthüren, Zimmerthüren und Behältnisse öffnen zu lassen.

Er ist, wenn er Widerstand findet, zur Anwendung von Gewalt befugt und kann zu diesem Zwecke die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen. Ist militärische Hülfe erforderlich, so hat er sich an das Vollstreckungsgericht zu wenden.

Mot. S. 412. KPr. S. 358, 565.

1. Unter Wohnung sind auch deren Dependenzen (Stall, Scheune rc. rc.), sowie die Geschäftsräume, Magazine rc., selbst wenn sie nicht mit den Wohnräumen in Verbindung stehen, zu verstehen (nordd. Prot. IV S. 1989). — Die Wohnung kann im Gasthofe sein.

2. Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. §§ 12 Nr. 1, 13 Nr. 5; GKG. § 47 Nr. 12; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6.

§ 679.

Wird bei einer Vollstreckungshandlung Widerstand geleistet oder ist bei einer in der Wohnung des Schuldners erfolgenden Vollstreckungshandlung weder der Schuldner noch eine zur Familie desselben gehörige oder in dieser Familie dienende erwachsene Person gegenwärtig, so hat der Gerichtsvollzieher zwei großjährige Männer oder einen Gemeinde- oder Polizeibeamten als Zeugen zuzuziehen.

Mot. S. 412. KPr. S. 358, 565.

„Wohnung" s. Bem. Nr. 1 zu § 678. — „Zur Familie gehörige — Person" vgl. Bem. Nr. 3 zu § 166. Die Zeugen können zugleich zur Brechung des Widerstandes verwendet werden. — Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. §§ 12 Nr. 1, 13 Nr. 5.

§ 680.

Jeder Person, welche bei dem Vollstreckungsverfahren beteiligt ist, muß auf Begehren Einsicht der Akten des Gerichtsvollziehers gestattet und Abschrift einzelner Aktenstücke erteilt werden.

Mot. S. 412. KPr. S. 358, 565.

1. Bei dem Vollstreckungsverfahren beteiligt sich auch der dritte, welcher Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung (§ 690) erheben oder Pfand- oder Vorzugsrechte am Erlös der gepfändeten Sache (§ 710) geltend machen will; ebenso der Drittschuldner.

2. Schreibgebühren für die Abschriften — s. GO. f. GV. § 14 Nr. 1.

§ 681.

Zur Nachtzeit, sowie an Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Vollstreckungshandlung nur mit Erlaubnis des Amtsrichters erfolgen, in dessen Bezirke die Handlung vorgenommen werden soll.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubnis erteilt wird, ist bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen.

Die Nachtzeit umfaßt in dem Zeitraume vom 1. April bis 30. September die Stunden von neun Uhr abends bis vier Uhr morgens und in dem Zeitraume vom 1. Oktober bis 31. März die Stunden von neun Uhr abends bis sechs Uhr morgens.

Mot. S. 151, 412. KPr. S. 358—360, 565.

1. Wegen „Sonn- und Feiertagen" s. Bem. Nr. 1 zu § 171. — Unter „Vollstreckungshandlung" im Sinne des § 681 ist nicht die Zustellung gerichtlicher Vollstreckungsverfügungen (z. B. §§ 730, 739, 744, 754) zu verstehen. Für diese gelten die Vorschriften des § 171.

2. Gegen eine dem § 681 Abs. 1 zuwider vorgenommene Vollstreckungshandlung kann der Schuldner und der bei der Vollstreckungshandlung etwa als Inhaber der gepfändeten Sache beteiligte dritte Einwendungen nach § 685 vorbringen und das Gericht müßte dann die Vollstreckungshandlung rückgängig machen. Praktisch ist das nicht von großer Bedeutung wegen der Möglichkeit der Wiederholung. Ein nicht bei der Vollstreckungshandlung beteiligter — z. B. ein anderer Gläubiger — kann die Vollstreckung nicht wegen Verstoßes gegen § 681 als ungültig anfechten [vgl. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 420].

3. Abs. 2 hat nur instruktionelle Bedeutung. — Die Verfügung ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 12; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6).

§ 682.

Der Gerichtsvollzieher hat über jede Vollstreckungshandlung ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll muß enthalten:

1) Ort und Zeit der Aufnahme,
2) den Gegenstand der Vollstreckungshandlung unter kurzer Erwähnung der wesentlichen Vorgänge;
3) die Namen der Personen, mit welchen verhandelt ist;
4) die Unterschrift dieser Personen und die Bemerkung, daß die Unterzeichnung nach vorgängiger Vorlesung oder Vorlegung zur Durchsicht und nach vorgängiger Genehmigung erfolgt sei;

5) die Unterschrift des Gerichtsvollziehers.

Hat einem der unter Nr. 4 bezeichneten Erfordernisse nicht genügt werden können, so ist der Grund anzugeben.

Mot. S. 412. KPr. S. 360—565.

1. Unter „Vollstreckungshandlung" im Sinne des § 682 ist nicht die Zustellung gerichtlicher Vollstreckungsverfügungen (§§ 730, 739, 744, 754) zu verstehen. Darüber ist kein Protokoll, sondern eine dem § 174 entsprechende Zustellungsurkunde aufzunehmen.

2. Die Errichtung eines Protokolls ist wesentlich. Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung — z. B. die thatsächliche Wegnahme eines Gegenstandes als Pfand — ohne Protokollierung ist ungültig. Nicht anders steht es, wenn das Protokoll den Vorschriften des § 682 aber nicht entspricht, arg. „das Protokoll muß enthalten" (vgl. a. Bem. Nr. 7 zu § 174). Allerdings, solange niemand die Gültigkeit der Vollstreckungshandlung angreift, kommt die Ungültigkeit nicht zum Vorschein. Aber sowohl der Schuldner wie auch ein anderer Gläubiger kann die Ungültigkeit geltend machen [vgl. Hellmann Komm. III S. 47, A. Förster N. 3, v. Bülow. N. 2 zu § 682. AM. Struckm. Koch 5. Aufl. N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 194, v. Sarwey II S. 138, Endemann III S. 162, Falkmann Zwangsvollstr. S. 80.]

Das Protokoll ist eine öffentliche Urkunde (§ 383), wenn es von dem zuständigen GV. in der vorgeschriebenen Form — dazu gehört nur die Unterschrift des GV. — errichtet ist. Mangelhaftigkeit des Inhalts entzieht dem Protokoll nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde; aber was durch die öffentliche Urkunde erwiesen wird, ist nicht das zur ordnungsmäßigen Vollstreckungshandlung Erforderliche.

Das Protokoll bleibt bei den Akten des GV. Abschrift ist den Beteiligten nur auf Begehren zu erteilen (§ 680).

3. Zu Nr. 1: Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 174. Zu Nr. 2: „Gegenstand der Vollstreckungshandlung" — z. B. die Pfändung unter Angabe der gepfändeten Gegenstände, die Anlegung von Siegeln, wenn die gepfändeten Gegenstände in Gewahrsam des Schuldners belassen werden, die Wegnahme und Übergabe nach §§ 769, 770, die Besitzentsetzung und Einweisung nach § 771 ꝛc. „Wesentliche Vorgänge" — z. B. §§ 678, 679. Vgl. preuß. GO. f. GV. § 58. Zu Nr. 3 u. 4: „Personen, mit welchen verhandelt ist" — dazu gehören auch die in § 679 bezeichneten Personen.

4. Nach GO. f. GV. § 23 ist bei Geschäften, welche nach Verhältnis der verwendeten Zeit vergütet werden, die Dauer der letzteren anzugeben.

§ 683.

Die Aufforderungen und sonstigen Mitteilungen, welche zu den Vollstreckungshandlungen gehören, sind von dem Gerichtsvollzieher mündlich zu erlassen und vollständig in das Protokoll aufzunehmen.

Kann die mündliche Ausführung nicht erfolgen, so ist eine Abschrift des Protokolls unter entsprechender Anwendung der §§ 158, 166—170 zuzustellen oder, wenn demjenigen, an welchen die Aufforderung oder Mitteilung zu richten ist, am Orte der Zwangsvollstreckung nicht zugestellt werden kann, durch die Post zu übersenden. Die Befolgung dieser Vorschrift muß zum Protokolle bemerkt werden. Eine öffentliche Zustellung findet nicht statt.

Mot. S. 412, 413. KPr. S. 360, 565.

1. „Aufforderungen und sonstige Mitteilungen" — z. B. §§ 712 Abs. 3, 727 Abs. 3, 771 Abs. 2.

2. Ist die Zustellung der Aufforderung ꝛc. am Orte der Zwangsvollstreckung selbst nicht möglich, so erfolgt Übersendung durch die Post, d. i. die Aufgabe eines Schreibens unter entsprechender Adresse. Diese Übersendung ist weder Zustellung durch die Post (§§ 176 ff.) noch Zustellung durch Aufgabe zur Post (§§ 161, 221 Abs. 2); sie geschieht ohne Errichtung einer Zustellungsurkunde, die Vorschrift des § 175 ist nicht anwendbar. Die Übersendung durch die Post muß auch erfolgen, wenn der Adressat im Auslande ist. Nur wenn dessen Aufenthalt unbekannt oder durch die Post unerreichbar ist, unterbleibt die Mitteilung.

§ 684.

Die den Gerichten zugewiesene Anordnung von Vollstreckungshandlungen und Mitwirkung bei solchen gehört zur Zuständigkeit der Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte.

Als Vollstreckungsgericht ist, sofern nicht das Gesetz ein anderes Amtsgericht bezeichnet, dasjenige Amtsgericht anzusehen, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat.

Die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Mot. S. 389, 413. KPr. S. 360, 565.

1. Zu Abs. 1: Wegen der Mitwirkung der Gerichte s. Bem. Nr. 2 Ziff. IV Abs. 2 vor § 644.

2. Zu Abs. 2: „Sofern nicht — bezeichnet" — s. §§ 729 Abs. 2, 750—752, 755, 756, 759, 780, 783, 799, 810, 816.

3. Zu Abs. 3: Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Wegen Zustellungen s. § 162 und § 163 Schlußsatz. — Aus § 701 folgt die Zulässigkeit sofortiger Beschwerde gegen alle Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts.

§ 685.

Über Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen, entscheidet das Vollstreckungsgericht. Dasselbe ist befugt, die im § 668 Abs. 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen.

Dem Vollstreckungsgerichte steht auch die Entscheidung zu, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäß auszuführen, oder wenn in Ansehung der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten Erinnerungen erhoben werden.

Mot. S. 406—410. KPr. S. 360, 565.

1. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 668. Im Gegensatz sowohl zu den in § 668 wie zu den in § 686 behandelten Einwendungen ist hier die Rede von Anträgen, Einwendungen und Erinnerungen des Gläubigers, des Schuldners und des bei dem Vollstreckungsverfahren beteiligten dritten gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben von dem GV. zu beobachtende Verfahren. Hierher gehören insbesondere Anträge des Gläubigers auf Vornahme einer Vollstreckungshandlung in anderer Weise oder in anderem Umfange

Einwendungen und Erinnerungen des Schuldners wegen Verstoßes gegen die §§ 671—673, 681, 708, 715, 749 [vgl. RG. 10. Februar 1886 Entsch. XVI Nr. 71 S. 319], §§ 785—788, des Drittschuldners wegen inkorrekten Verfahrens [vgl. RG. 2. Mai 1885 SA. XLI Nr. 158], des Besitzers einer Sache, welche gegen die Vorschrift des § 713 trotz Widerspruchs gepfändet worden ist [vgl. v. Glasenapp Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 256, Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 204, RG. 9. Juli 1881 SA. XXXVII Nr. 80] ꝛc. ꝛc. — Wird im Verfahren nach § 685 eine Vollstreckungshandlung für ungültig erklärt, so folgt daraus noch nicht, daß die Partei, zu deren Gunsten sie vorgenommen wurde, immer zur Erstattung der Kosten verpflichtet ist [Berl. KG. SA. XXXVII Nr. 359].

2. In welchen Fällen der GV. die Übernahme des Auftrags ablehnen muß bzw. kann, bemißt sich nach GVG. § 156, GO. f. GV. § 18 und nach den Gerichtsvollzieherordnungen der einzelnen Bundesstaaten.

3. Wegen der Kosten des Vollstreckungsverfahren s. § 697 und die Bemerkungen. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 4, 39, 47 Nr. 14 (in der Fassung d. RG. v. 29. Juni 1881), GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31.

4. Für das Verfahren und die Entscheidung über die nach § 685 erhobenen Anträge ꝛc. gilt § 684 Abs. 3. Nur das Vollstreckungsgericht ist zuständig [OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 78].

5. Vom Schuldner können die unter § 685 fallenden Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom GV. zu beobachtende Verfahren betreffen, nur auf dem in § 685 bezeichneten Wege beim Vollstreckungsgericht angebracht werden; der Schuldner kann nicht wegen solcher Einwendungen Widerspruchsklage erheben [RG. 3. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1164], auch nicht, falls die Vollstreckungshandlung auf Gerichts- (z. B. Pfändungs-) beschluß beruht, das Rechtsmittel der Beschwerde ergreifen [RG. 10. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 71 S. 319]. Der dritte Besitzer einer Sache, welche gegen die Vorschrift des § 713 gepfändet wurde, kann sowohl Einwendungen nach § 685 als auch bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 690 Widerspruchsklage erheben [RG. 9. Juli 1881 SA. XXXVII Nr. 80, 16. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 102 S. 363, bay. o. LG. SA. XXXVIII Nr. 192; vgl. a. Koffka Mag. f. DR. VII S. 207 ff.]. Zulässig ist in allen Fällen Beschwerde der bei der Zwangsvollstreckung Beteiligten bei der Aufsichtsbehörde des GV., wenn dieser sich eine Pflichtwidrigkeit zu Schulden kommen ließ (vgl. nordd. Prot. S. 1997).

§ 686.

Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz geltend zu machen.

Dieselben sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

Der Schuldner muß in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im stande war.

Mot. S. 406-410. KPr. S. 360, 565.

1. § 686 handelt von materiellrechtlichen Einwendungen des Verurteilten gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst im Gegensatz zu den in Bem. Nr. 1 litt. a und b zu § 668 bezeichneten Einwendungen. Als materiellrechtliche Einwendungen, deren Entstehung nach dem in § 686 Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkt möglich ist, kommen insbesondere in Betracht die Einrede der Erfüllung (Zahlung, Leistung), des Erlasses, des Vergleichs, der Stundung, der Tilgung durch Annahme an Zahlungsstatt oder durch Abrechnung, die Einrede der Kompensation mit einer nachträglich entstandenen oder erworbenen Gegenforderung und die Einrede der Verjährung des Anspruchs aus dem Urteil. Die Einrede des Notbedarfs (beneficium competentiae) kann im Exekutionsstadium nur geltend gemacht werden, wenn der Grund, auf dem sie beruht, erst nach dem in Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkt entstanden ist z. B. wenn der Schuldner erst später zu der Gläubigerin in das Verhältnis eines Ehegatten getreten ist. [Vgl. Eccius Förster I § 56, § 110 N. 13. AM. Wilm. Levy N. 7.] Darin liegt eine Änderung des gem. Rechts (l. 17 § 2 D. sol. matr. 24, 3; l. 33 pr. D. de donat. 39, 5; l. 41 § 2 D. de re iud. 42, 1), nach welchem diese Einrede im Exekutionsstadium stets noch vorgebracht werden konnte. Auch die Einwendungen, welche der Schuldner auf Grund der im Urteile zugesprochenen Rechtswohlthat des Notbedarfs gegen die Ausdehnung der Vollstreckung erhebt, fallen unter § 686. — Zu den Einwendungen des § 686 gehört ferner die sog. exc. non rite adimpl. contr. gegen die Ordnungsmäßigkeit einer Gegenleistung bei Vollstreckung von Ansprüchen auf Leistung Zug um Zug (vgl. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 664). Wegen des beneficium inventarii s. § 696.

2. Der prozessualische Weg zur Geltendmachung materiellrechtlicher Einwendungen gegen die Vollstreckung des durch das Urteil festgestellten Anspruchs ist die Klage auf Einstellung der Zwangsvollstreckung und Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln [so auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 205 u. a.], nicht auf Aufhebung des durch die nachträglich entstandene Einwendung in seinem Bestand unberührten Urteils [wie v. Sarwey II S. 145 und Übel II S. 174 irrtümlich meinen]. Vor Beginn der Zwangsvollstreckung ist eine Klage auf Einstellung nicht möglich, wohl aber eine negative Feststellungsklage auf Feststellung des Nichtbestehens des Anspruchs, wenn die Voraussetzungen des § 231 vorliegen [vgl. Kohler Arch. f. c. Pr. LXXII S. 12 f., OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 271]. Auch für diese Klage gelten alle Vorschriften des § 686.

Für die Klage und das Verfahren gelten die allgemeinen Regeln. Klagegrund ist die materiellrechtliche Einwendung gegen den Anspruch. Daher ist es Klagänderung, wenn im Laufe des Verfahrens eine andere als die in der Klage geltend gemachte Einwendung vorgebracht wird [vgl. OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 279, bay. o. LG. eod. XXXIX Nr. 172]; der Beklagte kann solcher Änderung widersprechen (§§ 235 Nr. 3, 241); in der Berufungsinstanz ist die Änderung unbedingt ausgeschlossen (§ 489).

Ausschließlich (§ 707) zuständig für die Klage ist das Prozeßgericht erster Instanz. War der Prozeß vor einer Kammer für Handelssachen anhängig, so gehört auch die Klage nach § 686 vor die Kammer für Handelssachen; denn der ursprüngliche Anspruch ist durch das Urteil nicht noviert sondern nur festgestellt, und die Fortdauer dieses Anspruchs bildet den Streitgegenstand. Ist auf Grund eines ausländischen Urteils Vollstreckungsurteil (§ 660) erlassen, so gehört die Klage aus § 686 vor das inländische Gericht, welches das Vollstr.-Urteil erließ; denn dieses ist das Prozeßgericht (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 661). Die Zuständigkeitsbestimmung in § 686 betrifft nicht bloß den Gerichtsstand [wie Heidenheim Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 587 irrtümlich behauptet], sondern auch die sachliche Zuständigkeit, so daß also auch Einwendungen, welche 300 ℳ oder weniger betreffen, beim Landgericht geltend zu machen sind, wenn der Prozeß in erster Instanz vor einem Landgericht anhängig war.

Über Gerichtsstand und Zuständigkeit für die Klagen gegen Vollstreckungsbefehle s. § 704 Abs. 3, gegen exekutorische Urkunden s. § 705 Abs. 5, gegen Ansprüche aus Feststellungen im Konkurs und aus Zwangsvergleich s. KO. §§ 152, 179, 192.

Die Klage ist dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz zuzustellen (§§ 77, 162, 163, vgl. a. Bem. Nr. 1 zu § 163).

Mit der Widerspruchsklage kann eine Klage auf Rückerstattung der im Wege der Vollstreckung abgezwungenen Leistung verbunden werden, wenn nach allgemeinen Grundsätzen das Prozeßgericht auch für diese Klage zuständig ist (§ 232). Eine spezielle Zuständigkeit des in § 686 bezeichneten Gerichts für den Rückerstattungsanspruch ist nicht ausgesprochen. Die analoge Anwendung der in §§ 503, 563, 655 enthaltenen Bestimmung über Zulässigkeit des Antrags auf Rückerstattung [welche Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 204, Petersen S. 957 u. a. vertreten] ist unzulässig. Abgesehen von prinzipiellen Bedenken gegen die analoge Anwendung würde sich aus der Annahme eines besonderen Gerichtsstandes für diese Rückerstattungsklage dessen Ausschließlichkeit ergeben (§ 707) — ein Resultat, für welches ein vernünftiger Grund nicht zu entdecken wäre.

3. Die in § 686 bezeichneten Einwendungen können nicht bloß im Wege der Klage, sondern in den Fällen, in welchen auf Vollstreckungsurteil (§§ 660, 868) oder auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 667) geklagt werden muß, auch verteidigungsweise geltend gemacht werden (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 661, Bem. Nr. 3 zu § 667, Bem. Nr. 2 zu § 868); aber dadurch, daß eine solche Einwendung in diesem Verfahren nicht geltend gemacht ward, ist die Befugnis zur Widerspruchsklage nicht ausgeschlossen [vgl. RG. Entsch. XI Nr. 119 S. 435].

4. Zu Abs. 2: Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch sind nur zulässig, wenn die Thatsachen, auf Grund deren die Einwendung erhoben wird, nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung sich ereignet haben, in welcher Einwendungen nach der CPrO. spätestens hätte geltend gemacht werden müssen. Der entscheidende Abschnitt ist also der Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz und, wenn Berufung ordnungsmäßig eingelegt war, der Schluß der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz, auf welche das Urteil (bedingtes oder unbedingtes Endurteil, auch Teilurteil) erging. In der Revisionsinstanz können materiellrechtliche Einwendungen nicht geltend gemacht werden. Hatte ein vorbereitetes Verfahren (§ 313 ff.) stattgefunden, so ist der Zeitpunkt der Präklusion entscheidend, wobei § 319 Abs. 2 zu berücksichtigen ist. — Ob die Partei in dem bezeichneten Zeitpunkt von den Einwendungen Kenntnis hatte oder nicht, ist einflußlos. Hatte z. B. die Partei oder ihr Bevollmächtigter von einer vor dem bezeichneten Zeitpunkt erfolgten Zahlung keine Kenntnis, so steht ihr keine Widerspruchsklage und überhaupt kein prozessualischer Rechtsbehelf gegen die Vollstreckung zu. — Daß die Einwendung noch durch Berufung geltend gemacht werden könnte, hindert die Widerspruchsklage nicht. (Anders der Entw. § 635, vgl. KPr. S. 360.)

Richtet sich die Einwendung gegen ein mittels Einspruch anfechtbares Versäumnisurteil, welchem der Vollstreckungsbefehl hier nicht gleichgestellt ist (vgl. § 704 Abs. 2), so ist die Zulässigkeit der Widerspruchsklage dadurch bedingt, daß die Einspruchsfrist abgelaufen ist. Ist zur Zeit der Klagerhebung (§ 230) die Einspruchsfrist noch nicht abgelaufen, so ist die Klage ex officio abzuweisen. Aber der Verurteilte kann die Einspruchsfrist verstreichen lassen und dann Widerspruchsklage erheben; er kann auch, nachdem seine Widerspruchsklage wegen Zulässigkeit des Einspruchs abgewiesen ist, nach Ablauf der Einspruchsfrist aufs neue klagen; denn daß er die Möglichkeit gehabt hat, die Einwendung durch Einspruch geltend zu machen, steht der Klage nicht im Wege (arg. „können" nicht „konnten).

Über entsprechende Anwendung des § 686 Abs. 2 auf Einwendungen gegen Ansprüche

aus Vergleichen s. Bem. Nr. 1 a. E. zu § 703. Auf Einwendungen gegen exekutorische Urkunden (§ 702 Nr. 5) ist Abs. 2 des § 686 überhaupt nicht anwendbar (§ 705 Abs. 4).

5. Zu Abs. 3: Der Schuldner muß bei Meidung der Präklusion alle Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch, deren thatsächliche Unterlagen ihm zur Zeit der Klagerhebung bekannt waren, in der Klage auf einmal geltend machen. Dies hindert die Verschleppung der Exekutionsinstanz. Erhebt der Schuldner eine zweite Klage auf Grund des § 686, so muß er darthun, daß die Einwendung erst nachträglich entstanden oder ihm bekannt geworden ist; sonst ist die neue Klage abzuweisen.

§ 687.

Die Bestimmungen des § 686 Abs. 1, 3 finden entsprechende Anwendung, wenn in den Fällen der §§ 664, 665 der Schuldner den bei Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt der Thatsache, von welcher das Urteil die Vollstreckung abhängig macht, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestreitet, unbeschadet der Befugnis des Schuldners, in diesen Fällen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel in Gemäßheit des § 668 zu erheben.

Mot. S. 406—410. KPr. S. 360, 361, 565.

1. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 668. Die Klagestellung ist nicht dadurch bedingt, daß der Schuldner vorher den durch § 668 eröffneten Weg vergeblich beschritten hat. — Hatte der Gläubiger gemäß § 667 die Vollstreckungsklausel durch Urteil erwirkt, so kann der Schuldner nicht mehr aus § 687 klagen.

2. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 8, 28; GO. f. RA. § 20.

§ 688.

Das Prozeßgericht kann auf Antrag anordnen, daß bis zur Erlassung des Urteils über die in den §§ 686, 687 bezeichneten Einwendungen die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die thatsächlichen Behauptungen, welche den Antrag begründen, sind glaubhaft zu machen.

In dringenden Fällen kann das Vollstreckungsgericht eine solche Anordnung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher die Entscheidung des Prozeßgerichts beizubringen sei. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird die Zwangsvollstreckung fortgesetzt.

Die Entscheidung über diese Anträge kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Mot. S. 406—410. KPr. S. 361, 565.

1. Litteratur: Peters Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 334 ff., 653 ff.

2. Zu Abs. 1: Das Prozeßgericht, d. i. das Gericht, bei welchem der Rechtsstreit durch Zustellung der Klage anhängig geworden ist, kann die in § 688 bezeichneten Anordnungen erlassen. Vor Zustellung der Klage kann das Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig gemacht werden kann, jene Anordnungen nicht erlassen. Da eine Fristbestimmung für die Klagerhebung hier nicht vorgesehen ist, so wäre die Anordnung nur in der Weise möglich, daß deren Wirksamkeit abhängig gemacht würde von vorheriger Zustellung der Klage;

denn könnte die Anordnung ohne Klagerhebung vollzogen werden, so würde der Gegner nicht die Möglichkeit haben, die Entscheidung herbeizuführen. Eine solche sich selbst suspendierende Anordnung ist aber im Gesetz nicht vorgesehen, und ist umsoweniger Bedürfnis, als in dringenden Fällen das Vollstreckungsgericht (s. Abs. 2) eingreifen kann. [Peters a. a. O. vertritt die Ansicht, daß das Prozeßgericht schon vor der Zustellung, aber erst nach „Anbringung der Klage bei Gericht" (sic!) die in § 688 bezeichneten Anordnungen erlassen könne. Gemeint ist wohl die Einreichung der Klageschrift bei dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Terminseinsetzung; aber dieser Zeitpunkt ist doch gewiß nicht entscheidend. RG. 15. März 1883 Entsch. X Nr. 92 S. 315 erachtet für statthaft, daß das Prozeßgericht vor Zustellung der Klage jene Anordnungen unter der Bedingung der Klagerhebung erlasse.] — Über die einzelnen Modalitäten der möglichen Anordnungen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 647.

3. Zu Abs. 2: Das Vollstreckungsgericht kann in dringenden Fällen eine der in Abs. 1 bezeichneten Anordnungen erlassen, und zwar sowohl vor wie nach der Erhebung der Klage. In diesen Fällen muß eine Frist bestimmt werden, innerhalb welcher der Schuldner die Entscheidung des Prozeßgerichts bezüglich seines Antrags auf provisorische Maßregeln beizubringen hat. Ist die Klage noch nicht erhoben, so liegt darin eine Nötigung zur Klagerhebung; denn ohne diese kann das Prozeßgericht nicht entscheiden. Mit Ablauf der Frist verliert die Anordnung des Vollstreckungsgerichts ihre Kraft.

4. Abs. 3 bezieht sich auf Abs. 1 und 2. Verfahren — s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Sofortige Beschwerde gegen jeden Beschluß — § 707.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 1 (in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2.

§ 689.

Das Prozeßgericht kann in dem Urteile, durch welches über die Einwendungen entschieden wird, die in dem vorstehenden Paragraphen bezeichneten Anordnungen erlassen oder die bereits erlassenen Anordnungen aufheben, abändern oder bestätigen. In betreff der Anfechtung einer solchen Entscheidung finden die Vorschriften des § 656 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 410. KPr. S. 361, 565.

1. Dem über die Einwendungen ergehenden Urteil ist die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht beigelegt. Die Motive bemerken: Auch bei freiem Ermessen des Gerichts, welches der Stellung desselben bei der Entscheidung über zu gewährende Vollstreckbarkeit sachlich entspricht, wird das Urteil regelmäßig über die vorläufig angeordneten Maßregeln in wesentlicher Übereinstimmung mit der Entscheidung in der Hauptsache Bestimmung zu treffen haben." Die Erlassung, Aufhebung, Änderung, Bestätigung der bezeichneten Anordnungen ist nicht (wie in § 688) von einem Antrag abhängig.

2. Die Anwendbarkeit des § 656 Abs. 3 ergiebt, daß das Urteil des Berufungsgerichts, soweit es die § 688 bezeichneten Anordnungen erläßt, aufhebt, abändert oder bestätigt, nicht mit Revision angegriffen werden kann.

§ 690.

Behauptet ein dritter, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gerichte geltend zu machen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln finden die Vorschriften der §§ 688, 689 entsprechende Anwendung. Die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel ist auch ohne Sicherheitsleistung zulässig.

Mot. S. 413, 414. KPr. S. 361, 565.

1. Litteratur: Olshausen die Einsprüche dritter Personen in der Exekutionsinstanz (1874), Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 232 ff., Kühne eod. S. 497 ff., Westerburg eod. S. 870 ff., v. Glasenapp eod. XXIV S. 245 ff., Voß eod. XXV S. 349 ff., Frese die Exekutionsintervention rc. (1880), Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 208, Bunsen Mecklenb. Ztschr. III S. 274 ff., Voß Arch. f. c. Pr. LXVI S. 161 ff., Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 83 ff., J. Weismann Hauptintervention § 23, Bunsen Zwangsvollstreckung §§ 17 bis 19, Voß Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 43 ff., v. Schrutka-Rechtenstamm zur Analyse der Exscindierungsklage Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIII S. 298 ff. und zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren (bisher Dogmengesch. Teil 1. Hälfte Berl. 1888), Falkmann Zwangsvollstr. S. 109 ff., Kahn Arch. f. c. Pr. LXX S. 409 ff. Vgl. a. Briegleb Einl. i. d. Th. d. summ. Proz. S. 253 ff.

2. Die Zwangsvollstreckung ist nur zulässig in das Vermögen des Schuldners. Was nicht zum Vermögen des Schuldners gehört, kann nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein. Thatsächlich kann eine Zwangsvollstreckung Gegenstände ergreifen, welche nicht zu dem Vermögen des Schuldners gehören. Welche Wirkung die beendigte Exekution in solche Gegenstände auf die Rechte dritter hat, ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen. Gemeinrechtlich werden Rechte dritter nicht beeinträchtigt. Es können also dingliche Rechte an dem Exekutionsobjekte (soweit nicht § 710 Abs. 2 im Wege steht) auch gegen den Erwerber geltend gemacht werden. Wegen des preuß. Landrechts vgl. ALR. I 15 § 42 und Dernburg pr. PrR. I § 188. Beschränkungen der Vindikation können sich aus HGB. Art. 306, 307, aus WO. Art. 36 und 75, sowie aus ALR. I 15 § 25 ergeben. Ob und wie weit dem durch die beendigte Zwangsvollstreckung in seinen Rechten beeinträchtigten dritten ein Anspruch gegen den Gläubiger [vgl. OLG. Rostock SA. XXXIX Nr. 173] oder gegen den Schuldner (etwa ein Anspruch wegen grundloser Bereicherung?) zusteht, ist aus dem materiellen Recht zu entnehmen [vgl. Nessel a. a. O. S. 89]. Auf die prozessualische Geltendmachung der Rechte dritter nach beendigter Exekution ist § 690 nicht anwendbar.

Dagegen hat die CPrO. für die prozessualische Geltendmachung der Rechte dritter nach Beginn und vor Beendigung der Exekution Regeln aufgestellt. Sie gewährt dem dritten die Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung.

a) Über den Zeitpunkt des Beginns der Vollstreckung vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 693. Beendigt ist die Vollstreckung wegen Geldforderungen in körperliche, bewegliche und unbewegliche Sachen mit der Versteigerung oder mit dem Verkauf aus freier Hand, bei Pfändung von Geld mit der Wegnahme desselben; die Vollstreckung wegen Geldforderungen in Forderungen und andere Vermögensrechte (§§ 729 ff.) mit der Überweisung (§ 736); die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen mit der Übergabe an den Gläubiger (§§ 769 Abs. 1, 770) oder mit der Einweisung des Gläubigers in den Besitz (§ 771). Nur nach Beginn und vor Beendigung der Zwangsvollstreckung ist die Widerspruchsklage des § 690 zulässig.

b) Die Widerspruchsklage ist dem dritten gestattet, welchem „ein die Veräußerung

hindernde Recht" an dem Vollstreckungsgegenstande zusteht. Der Ausdruck „ein die Veräußerung hinderndes" Recht ist nicht gut gewählt. Eigentlich paßt derselbe nur für den Fall der auf Veräußerung abzielenden Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, nicht auf die Zwangsvollstreckung nach §§ 729 ff., nicht auf die Vollstreckung nach §§ 769 Abs. 1, 770, 771 Abs. 1. Daß aber auch gegen die Zwangsvollstreckung, welche nicht auf eine Veräußerung im eigentlichen Sinn abzielt, Widerspruchsklage nach § 690 erhoben werden kann, ergiebt sich aus der Stellung des § 690 unter den allgemeinen Bestimmungen über Zwangsvollstreckung und wird durch die Motive S. 413 bestätigt:

„Der Widerspuch eines dritten gegen die Zwangsvollstreckung (sog. Exekutionsintervention) kann sich wider die Veräußerung eines beim Schuldner gepfändeten oder zu versteigernden Gegenstandes richten. Daneben steht der Fall, daß der dritte dem Vollzuge des erstrittenen Urteils selbst widerspricht, indem er die Sache (species) für sich in Anspruch nimmt, deren Herausgabe Gegenstand des Hauptprozesses gewesen und nunmehr Objekt der beginnenden Zwangsvollstreckung (§§ 769 ff.) ist. Die Hauptintervention aus § 61 ist ausgeschlossen, sobald das Urteil des Hauptprozesses die Rechtskraft beschritten hat."

Daher muß unter einem die Veräußerung hindernden Recht jedes Recht verstanden werden, welches der Exekution entgegensteht.

Welche Rechte der Exekution entgegenstehen, ergiebt sich aus dem materiellen Recht. Vor allem steht das Eigenthum eines dritten der Exekution entgegen und nicht minder der sog. publizianische Besitz. [Kahn Arch. f. c. Pr. LXX S. 422 nimmt an, daß der Gläubiger gegenüber der Eigentümerklage sich auf C. c. art. 2279 berufen darf. Dagegen RG. Entsch. XIII S. 298, OLG. Karlsruhe bad. Ann. L S. 1.] Auch auf Grund der in l. 30 C. de I. D 5, 12 der Ehefrau während der Ehe eingeräumten Vindikationsbefugnis kann Widerspruchsklage erhoben werden. Emphyteusis, Superficies, Lehenrecht, Nießbrauch, dingliches Wohnungsrecht an dem Exekutionsobjekte hindern die Exekution nur insoweit, als bei derselben auf diese iura in re alinea nicht Rücksicht genommen wird. Der Emphyteuta, Superficiar, Lehenträger, Usufruktuar &c. können nicht der Exekution widersprechen, welche nur die nuda proprietas der belasteten Sache ergreift. Die Genannten haben dagegen ein Widerspruchsrecht, sowie die Exekution in die belastete Sache in einer Weise ins Werk gesetzt wird, welche mit ihren dinglichen Rechten sich nicht verträgt; sie können also der Exekution widersprechen, welche ihnen die Detention der Sache entzieht oder die belastete Sache als eine nicht belastete zu veräußern unternimmt. Aus § 710 Abs. 1 ergiebt sich, daß Pfand- und Vorzugsrechte an Mobilien, welche nicht mit Innehabung verbunden sind, zum Widerspruche gegen die Pfändung und Veräußerung von Mobilien nicht berechtigen. Im übrigen ist die Frage, ob Faustpfandrechte an Mobilien und Hypotheken an Immobilien der Exekution entgegenstehen, wieder aus dem materiellen Recht zu beurteilen. Hat z. B. der vorangehende Faustpfandgläubiger das Recht, dem nachfolgenden Pfandgläubiger die Veräußerung der Pfandsache zu wehren, solange dem ersteren nicht Sicherheit für volle Befriedigung geboten ist (l. 15 § 5 D. de re iud. 42, 1), so hat er auch das Recht des Widerspruchs gegen die Exekution. Wegen des Wiederspruchsrechts des Hypothekengläubigers gegen die Pfändung von Früchten und Pertinenzen des verpfändeten Grundstücks s. Bem. Nr. 1 zu § 708. Auch der juristische Besitz, kraft dessen jemand mittels der Interdikte sich gegen Eingriffe in seinen Besitz wehren und den ihm entzogenen Besitz zurückverlangen kann, genügt zur Begründung des Widerspruchs. Der juristische Besitzer kann gegen den durch die Exekution erfolgenden Angriff auf seine Besitzerstellung ebenso reagieren, wie wenn dieser Angriff ohne den Gerichtsvollzieher durch den Gläubiger selbst geschehen wäre. Der Gerichtsvollzieher handelt, wenn auch als staatliches Organ, so doch im Auftrage des Gläubigers. Warum sollte das aus der Besitzerposition sich ergebende Recht zur Abwehr von Angriffen cessieren, wenn der Angriff durch Vermittelung

des Beamten ausgeführt ist? Der auf den ersten Blick bestechende Einwand, daß es sich bei der Vollstreckung nicht um Eigenmacht handle, und daß der Besitzer nur gegen Eigenmacht geschützt sei, ist haltlos; denn in der That handelt es sich bei der Vollstreckung um Eigenmacht, freilich nicht gegen den Schuldner, wohl aber gegen den dritten, gegen den der Gläubiger kein Recht auf Vollstreckung hat. Wollte man gegen die vorgetragene Ansicht den Wortlaut des § 690 anrufen und behaupten, daß Besitz kein Recht sei, während § 690 ein Recht als Grundlage zur Widerspruchsklage voraussetze, so wäre zu erwidern, daß der Ausdruck „Recht" in § 690, umsoweniger als ein den Besitz ausschließender terminus technicus gebraucht sein kann, als die Rechtsnatur des Besitzes bzT. sich ziemlich allgemeiner und wohlbegründeter Anerkennung erfreut. [Vgl. das in Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 497 cit. U. d. OAG. Celle, Westerburg eod. S. 885, Bunsen Zwangsvollstr. S. 87 ff., Hellmann Lehrb. S. 853, Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.-Ordn. S. 403, RG. 16. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 102 S. 365 anerkennt die Möglichkeit der Besitzesklage zunächst für den Fall, daß die Pfändung gegen § 713 verstieß. AM. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, ferner das in Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 498 f. und SA. XXXV Nr. 3 cit. U. d. Berl. OTr., Olshausen a. a. O. § 5 a. E., Falkmann Zwangsvollstr. S. 119, Kühne a. a. O. S. 499 ff., Glasenapp a. a. O. S. 255 ff. (dieser zunächst vom Standpunkte des preuß. LR., die Sache liegt nach dem ALR. nicht anders, wie nach dem gem. Recht); Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 216 ff., welcher den Interdiktenschutz versagen, aber dem dritten gegen den Gläubiger eine condictio possessionis gewähren will, eine Ansicht, die deswegen unrichtig ist, weil das Exekutionsobjekt nicht „sine causa" bei dem Gläubiger ist. Gegen diese cond. poss. Voß Arch. f. c. Pr. LXVI S. 161 ff. Wieder anders Nessel a. a. O. S. 126 ff., welcher vom Standpunkt des preuß. R. Widerspruchsklage wegen Verletzung des Besitzes zuläßt, wenn eine nicht im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache gepfändet wird; nicht aber, wenn die Sache vom Schuldner im fremden Namen besessen wird.] Der Exekution können aber nicht bloß dingliche sondern auch obligatorische Rechte dritter entgegenstehen, wenn dieselben auf Herausgabe einer nicht zum Vermögen des Schuldner gehörigen Sache gerichtet sind. So kann z. B. der Deponent oder der Mandant oder der Kommodant Widerspruch gegen die Pfändung der dem Depositar, Mandatar, Kommodatar behändigten Sache erheben kraft seines aus dem Vertragsverhältnisse sich ergebenden Anspruchs auf Rückgabe der Sache ohne Nachweis eines dinglichen Rechts [RG. 18. März 1887 Entsch. XVIII Nr. 78 S. 566]. Vgl. a. KO. § 35, wo Aussonderungsrecht auf Grund obligatorischen Rechts anerkannt ist. Dagegen berechtigen obligatorische Ansprüche auf Leistung von Gegenständen, die noch zum Vermögen des Schuldners gehören, z. B. Ansprüche aus Kauf [RG. Entsch. XVIII S. 365 ff.], Miete [OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 272], Pacht [AM. OLG. Kassel SA. XXXVI Nr. 355], nicht zur Widerspruchsklage. Auf Grund des C. c. art. 1166 kann ein anderer Gläubiger des Schuldners nicht Widerspruchsklage erheben [RG. 5. April 1887 Entsch. XVIII Nr. 87 S. 376]. — Mittels Widerspruchsklage kann das Anfechtungsrecht geltend gemacht werden, welches nach Anf.-Ges. v. 21. Juli 1879 einem dritten Gläubiger oder nach KO. §§ 22—34 dem Konkursverwalter gegenüber einer Pfändung oder zwangsweisen Überweisung zusteht [RG. 3. Nov. 1880 SA. XXXVI Nr. 169, 9. Mai 1887 Entsch. XVIII Nr. 88 S. 393 ff., OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. III S. 499 ff.]. — Ergreift die Exekution ein Forderungs- oder ein sonstiges Vermögensrecht (§ 754) als ein dem Schuldner zustehendes Recht, so kann ein dritter, welcher behauptet, daß das Recht ihm zustehe, z. B. der Cessionar einer vor der Pfändung abgetretenen Forderung, gegen die Vollstreckung Widerspruchsklage erheben [RG. 8. März 1881 Entsch. IV Nr. 32 S. 111 ff., 17. Okt. 1884 XII Nr. 111 S. 380 ff. AM. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 119]. Nicht minder kann der dritte, welcher an einem Rechte des Schuld-

ners (z. B. an einer Forderung) ein Recht (z. B. einen Nießbrauch, ein Pfandrecht) hat, gegen die Vollstreckung, welche in sein Recht eingreift, Widerspruchsklage erheben [vgl. Nessel a. a. O. S. 156 ff.].

c) Nach § 710 Abs. 1 vgl. mit § 713 und nach § 772 soll eine Zwangsvollstreckung durch Pfändung (§ 710) oder Wegnahme (§§ 769, 770) auf Sachen nicht gerichtet werden, welche sich im Gewahrsam eines zur Herausgabe nicht bereiten dritten befinden. Kommt eine solche Zwangsvollstreckung dennoch vor, so kann der dritte Einwendungen nach § 685 gegen deren Rechtmäßigkeit oder auch, wenn ihm ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, Klage nach § 690 erheben [RG. 9. Juli 1881 SA. XXXVII Nr. 80, 16. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 102 S. 365, bay. o. LG. SA. XXXVIII Nr. 192].

d) Die Klage ist gegen den Gläubiger zu erheben, welcher die Zwangsvollstreckung betreibt. Der Antrag ist darauf zu richten, daß die Zwangsvollstreckung überhaupt oder in der unternommenen Ausdehnung einzustellen oder aufzuheben sei. Die Widerspruchsklage ist keine Feststellungsklage, denn sie geht auf Verurteilung zu einer Unterlassung und, soweit Aufhebung vollzogener Vollstreckungshandlungen in Frage ist, nach Umständen auch auf Verurteilung zu einem Thun, z. B. auf Herausgabe der abgepfändeten Sachen. Ein der Widerspruchsklage entsprechendes Urteil ist nach § 774, eventuell auch nach §§ 769, 771 vollstreckbar. In der Regel wird aber kein Bedürfnis nach diesen Vollstreckungsmaßregeln bestehen, weil die §§ 691 Nr. 1, 692 einen bequemeren Weg bieten, um die Einstellung und Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln zu erreichen. Mit der Widerspruchsklage kann eine Feststellungsklage (§ 231) oder ein Präjudizialfeststellungsantrag (§ 253) verbunden werden, wenn die Voraussetzungen dazu vorhanden sind [vgl. RG. 10. März 1887 SA. XLII Nr. 187].

e) Der ausschließliche (§ 707) Gerichtsstand für die Widerspruchsklage ist bei dem Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt. Für die Widerspruchsklage gegen die Pfändung einer Forderung oder eines anderen Vermögensrechts (§ 754) ist das Gericht zuständig, welches den Pfändungsbeschluß erlassen hat [RG. 17. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 111 S. 379]. Sachlich zuständig ist je nach dem Werte des Streitgegenstandes das Amts- oder das Landgericht. Über die Bewertung des Streitgegenstandes vgl. Bem. Nr. 7 zu § 6. Die Prorogation von dem Amts- an das Landgericht und umgekehrt ist zulässig (vgl. Bem. zu § 707). Zustellung der Klage an den Bevollmächtigten (s. Bem. Nr. 2 zu § 77).

3. Zu Abs. 2: Erkennt der Schuldner die Rechte des dritten an, so besteht keine Veranlassung, ihn mitzuverklagen, die Klage gegen den Schuldner müßte abgewiesen werden. Bestreitet der Schuldner die Rechte des dritten, und hat der dritte ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung seines Rechts gegenüber dem Schuldner, so kann er gegen den letzteren auf Feststellung klagen (§ 231). Diese Klage kann in dem Gerichtsstand des § 690 Abs. 1 mit der Widerspruchsklage verbunden werden. Auch eine Klage gegen den Schuldner auf Herausgabe des Exekutionsobjekts kann mit der Widerspruchsklage gegen den Gläubiger verbunden werden. Wird mit der Widerspruchsklage gegen den Gläubiger eine Feststellungsklage gegen den Schuldner verbunden, so sind Gläubiger und Schuldner Streitgenossen im Sinne des § 59; denn über das den beiden Klagen zu Grunde liegende Rechtsverhältnis kann nur einheitlich entschieden werden [vgl. jedoch Weismann S. 99 ff., 102, welcher einheitl. Entscheidung verlangt, aber gleichwohl den § 59 für nicht anwendbar erklärt]. Wird mit der Widerspruchsklage eine Klage auf Herausgabe verbunden, so kann zwar der Widerspruchsklage stattgegeben, die Herausgabeklage aber abgewiesen werden (z. B. wegen Mietverhältnisses am Exekutionsobjekt), aber über das den Klagegrund bildende Rechtsverhältnis kann auch in diesem Falle nur einheitlich entschieden werden.

4. Zu Abs. 3: Die Erhebung der Widerspruchsklage bewirkt noch nicht die Einstellung der Zwangsvollstreckung. Aber das Gericht kann auf Antrag dieselben Anordnungen treffen, welche im § 688 für die Fälle der §§ 686, 687 vorgesehen sind. Die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel ist auch ohne Sicherheit zulässig, weil gegen den dritten die Zwangsvollstreckung überhaupt nicht gerichtet ist [vgl. Kohler Prozeß als Rechtsverh. S. 132].

5. Wegen der Gebühren s. GKG. § 35 Nr. 1 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881 § 39 Nr. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2.

6. Wegen des Verhältnisses der Widerspruchsklage (Exekutionsintervention) zur Hauptintervention s. Bem. Nr. 7 zu §§ 61, 62.

§ 691.

Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken:

1) wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß das zu vollstreckende Urteil oder dessen vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben, oder daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet ist;
2) wenn die Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß die einstweilige Einstellung der Vollstreckung oder einer Vollstreckungsmaßregel angeordnet ist;
3) wenn eine öffentliche Urkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt ist;
4) wenn eine öffentliche Urkunde oder eine von dem Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß der Gläubiger nach Erlassung des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat;
5) wenn ein Postschein vorgelegt wird, aus welchem sich ergiebt, daß nach Erlassung des Urteils die zur Befriedigung des Gläubigers erforderliche Summe zur Auszahlung an den letzteren bei der Post eingezahlt ist.

Mot. S. 414, 415. KPr. S. 366, 367, 565.

1. Die §§ 691, 692 enthalten Anweisungen an die Vollstreckungsorgane. Die Beobachtung derselben kann mittels des § 685 von den Beteiligten erzwungen werden. — In den Fällen des § 691 Nr. 1—3 handelt es sich um die Durchführung gerichtlicher Anordnungen; der Gerichtsvollzieher darf daher die Vollstreckung auch auf Verlangen des Gläubigers nicht fortsetzen. In den Fällen Nr. 4 und 5 ist die Vollstreckung einzustellen oder zu beschränken wegen der Wahrscheinlichkeit der Befriedigung oder Stundung; bestreitet der Gläubiger die Befriedigung 2c., so muß der Gerichtsvollzieher auf dessen Verlangen die Vollstreckung wieder aufnehmen; der Schuldner mag dann Einwendungen nach § 685 oder Klage nach § 686 erheben. — Wird eine vom Gerichtsvollzieher unternommene Vollstreckungshandlung gemäß §§ 691, 692 eingestellt oder rückgängig gemacht, so ist darüber ein Protokoll zu errichten (preuß. GA. f. GV. § 59 Abs. 2). In allen Fällen hat der Gerichtsvollzieher seinen Auftraggeber von der Einstellung 2c. zu benachrichtigen (vgl. preuß. GA. f. GV. § 59 Abs. 5).

— Andere Gründe zur Einstellung der Vollstreckung sind Anweisung des Gläubigers (preuß. GA. f. GV. § 60) und Eröffnung des Konkurses gegen den Schuldner (KO. § 11); letzterenfalls bleiben die vollzogenen Vollstreckungsmaßregeln bestehen.

2. Zu Nr. 1: Verlangt ist nicht eine vollstreckbare, d. i. mit der Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung der Entscheidung, sondern eine der Vollstreckungsklausel nicht bedürftige Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung. Vollstreckbar ist die Entscheidung, welche rechtskräftig (§ 645) oder für vorläufig vollstreckbar erklärt (§§ 648, 649) oder kraft Gesetzes (§ 655 Abs. 1) schon vor Eintritt der Rechtskraft für die Vollstreckung wirksam ist. — Die Zwangsvollstreckung kann für unzulässig erklärt und deren definitive (im Gegensatz zur einstweiligen) Einstellung angeordnet werden nach §§ 668 Abs. 1, 686, 687, 689, 690.

3. Zu Nr. 2: Die einstweilige Einstellung der Vollstreckung oder einer Vollstreckungsmaßregel kann angeordnet werden nach §§ 647, 657, 668 Abs. 2, 685, 688, 690 Abs. 3. Die Vollstreckbarkeit der in Nr. 2 des § 691 angezogenen Entscheidungen ist nicht besonders verlangt; denn diese unterliegen nur der Beschwerde, die Beschwerde hat keinen Suspensiveffekt, die Entscheidungen sind also immer vollstreckbar (vgl. KPr. S. 366).

4. Zu Nr. 3 u. 4: „Öffentliche Urkunde" s. Bem. Nr. 1 zu § 380.

5. Zu Nr. 4: Stundung auf bestimmte Zeit hemmt natürlich nur in dieser Zeit die Vollstreckung. Bei Stundung auf unbestimmte Zeit kann der Gläubiger jederzeit die Vollstreckung fortsetzen; es ist aber neuer Auftrag des Gläubigers an den GV. nötig (norbd. Prot. S. 1994). Vgl. a. preuß. GA. f. GV. § 60 und bad. Ann. XLIX S. 249, 300.

6. Zu Nr. 5: Vgl. Postordn. v. 8. März 1879 § 16 Nr. VII. Postschein über Aufgabe eines Geldbriefs oder einer Wertsendung genügt nicht (norbd. Prot. S. 1993 f.). Vgl. a. preuß. GA. f. GV. § 59 Abs. 4 Nr. 4.

§ 692.

In den Fällen des § 691 Nr. 1, 3 sind zugleich die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben. In den Fällen der Nr. 4, 5 bleiben diese Maßregeln einstweilen bestehen; dasselbe gilt in den Fällen der Nr. 2, sofern nicht durch die betreffende Entscheidung auch die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungshandlung angeordnet ist.

Mot. S. 414, 415. KPr. S. 366, 367, 565.

„Einstweilen bestehen" — sc. bis zur Zurücknahme des Vollstreckungsauftrags oder zur gerichtlichen Aufhebung nach § 691 Nr. 1 oder 2.

§ 693.

Eine Zwangsvollstreckung, welche zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen hatte, wird in den Nachlaß desselben fortgesetzt.

Ist bei einer Vollstreckungshandlung die Zuziehung des Schuldners nötig, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen einstweiligen besonderen Vertreter zu bestellen.

Mot. S. 415, 416. KPr. S 367, 565.

1. Zu Abs. 1: a) Die Motive bemerken: „Soweit bei dem Tode des Schuldners die Zwangsvollstreckung noch nicht zulässig geworden, also das zu vollstreckende Urteil weder für vorläufig vollstreckbar erklärt noch rechtskräftig geworden ist, kommen die Vorschriften über die Unterbrechung des Verfahrens (§§ 217, 223, 226) zur Anwendung.

Im übrigen aber ändert der Tod die Sachlage nicht weiter, als daß die Richtung der Zwangsvollstreckung gegen den Erben durch Zustellung einer neuen vollstreckbaren Ausfertigung begründet werden muß. Hiervon ist aus praktischen Gründen die Ausnahme zu machen, daß die bereits begonnene Vollstreckung in den Nachlaß des inzwischen verstorbenen Schuldners fortgesetzt wird; es sind in diesem Falle entweder bereits bestimmte Gegenstände von der Vollstreckung ergriffen, oder der Nachlaß ist noch äußerlich als solcher erkennbar vorhanden."

b) Der Akt, mit welchem die Vollstreckung beginnt, ist bei Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliches Vermögen die Pfändung nach §§ 712, 730 Abs. 3 [also die Zustellung der Beschlagnahme an den Drittschuldner, vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. III S. 353, Mot. z. preuß. Subh.-Ordn. v. 1883 Vorl. an das Herrenhaus 1882/83 Nr. 6 S. 70. AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Voß Mag. f. DR. II S. 134 ff., Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 120 N. **, welche den Beginn der Vollstreckung in dem Beschlagnahmebeschluß erblicken], §§ 732, 754 Abs. 2 oder die Benachrichtigung des Schuldners nach § 744; bei Zwangsvollstreckung nach §§ 769, 770 die Wegnahme; bei Zwangsvollstreckung nach § 771 die Besitzesentsetzung. Mit welchem Zeitpunkte die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in unbewegliches Vermögen beginnt, ist nur unter Heranziehung der einzelnen Landesgesetze über Subhastation zu beurteilen.

c) Die vor dem Tode des Schuldners begonnene Zwangsvollstreckung wird in den Nachlaß fortgesetzt; auch während der Deliberationsfrist. Die Fortsetzung ist nicht auf die Gegenstände beschränkt, bezüglich deren die Vollstreckung begonnen hatte; hatte z. B. eine Pfändung beweglichen Vermögens stattgefunden, so kann die Vollstreckung auch in das unbewegliche Vermögen fortgesetzt werden. „Nachlaß" ist nicht mit hereditas iacens zu verwechseln, er bezeichnet das aus der Erbschaft herrührende Vermögen im Gegensatz zum Vermögen des Erben. Wegen Vollstreckung in letzteres s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 671.

2. Zu Abs. 2: Zuziehung des Schuldners ist geboten in §§ 730 Abs. 2, 743 Abs. 2, 761, 771 Abs. 2. Auch die in §§ 712 Abs. 3, 727 Abs. 3 vorgeschriebene Benachrichtigung gehört hierher. — Wegen Gebühren für Bestellung des Kurators s. GKG. § 47 Nr. 9, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6.

3. Wegen der Wirkung der Konkurseröffnung auf die begonnene Zwangsvollstreckung s. KO. §§ 9, 11.

4. Nach EG. § 15 Nr. 3 sind landesgesetzliche Vorschriften über erbschaftliches Liquidationsverfahren nicht berührt. Durch solche Vorschriften kann auch für den Fall des Liquidationsverfahrens die Einstellung der Zwangsvollstreckung sowie die Aufhebung des nach dem Aufgebotsantrage erfolgten Vollstreckungsverfahrens angeordnet werden. Vgl. preuß. Gesetz v. 28. März 1879 betr. d. Zwangsvollstr. g. Benefizialerben § 1 Abs. 2, bay. AG. z. CPrO. Art. 150 ff.

§ 694.

Ist der Schuldner vor Beginn der Zwangsvollstreckung gestorben, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das nach den Landesgesetzen zuständige Nachlaßgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen Kurator zu bestellen.

Mot. S. 415, 416. KPr. S. 367, 565.

1. Die Motive bemerken: „Die Rücksicht auf die Rechte des Gläubigers muß zu Gunsten des Fortgangs der Vollstreckung auch bei ruhender Erbschaft (Mecklenb. Exek.-Ordn. §§ 5, 6, Pr. AGO. I 24 § 15) überwiegen und dies selbst da, wo der mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars antretende Erbe bestimmte Verpflichtungen zur gleichmäßigen Befriedigung der Erbschaftsgläubiger hat (Pr. ALR. I Tit. 9 §§ 452 ff.);

denn der berufene Erbe kann durch rechtzeitige Entschließung (vgl. z. B. pr. Verordn. v. 4. März 1834 § 2 und KO. v. 8. Mai 1855 §§ 342 ff.) jeden drohenden Nachteil abwenden."

„Ruhende Erbschaft" ist sowohl der Nachlaß in dem Zeitraum zwischen Delation und Acquisition (hereditas iacens nach gem. Recht) als auch nach denjenigen Rechten, welche Delation und Acquisition zusammenfallen lassen — ALR. I 9 §§ 307 ff., C. c. art. 724 — der Nachlaß während der Deliberationsfrist. [Vgl. Dernburg pr. PrR. III §§ 99, 216, Eccius Förster pr. PrR. IV § 269 N. 31, Falkmann Zwangsvollstr. S. 62 u. a.]

2. „Das nach den Landesgesetzen zuständige Nachlaßgericht" — s. württ. AG. z. CPrO. Art. 22, hamb. AG. z. CPrO. § 3.

3. Einer Umstellung der Vollstreckungsklausel gegen den Kurator bedarf es zur Vollstreckung in den Nachlaß nicht. [AM. Wilm. Levy N. 3 u. a.]

§ 695.

Der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte kann die Rechtswohlthat des Inventars nur geltend machen, wenn ihm dieselbe im Urteile vorbehalten ist.

§ 696.

Bei der Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, welcher als Benefizialerbe oder als Erbe unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars verurteilt ist, oder gegen welchen als Erben des verurteilten Schuldners die Zwangsvollstreckung begonnen hat, bleibt die Rechtswohlthat unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden.

Inwieweit der Benefizialerbe berechtigt ist, auf Grund der Rechtswohlthat die Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu verlangen, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die Erledigung der Einwendungen erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 686, 688, 689.

Mot. S. 416, 417. KPr. S. 367, 565.

Litteratur: Mandry d. civilrechtl. Inhalt 3. Aufl. S. 529 f., Dernburg pr. PrR. §§ 221 ff., Eccius Förster pr. PrR. I § 100, IV § 270, Falkmann Zwangsvollstr. S. 58 f., Warmuth Ztschr. f. d. CPr. IX S. 247 ff., Küntzel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 277 f., Boas eod. XXX S. 265 ff.

1. Ist der Erbe des ursprünglichen Schuldners in den Prozeß eingetreten, so muß er die Einwendung, daß sich seine Haftung auf den Bestand der Erbschaft beschränke, weil er ein den gesetzlichen Vorschriften (l. 22 C. de iure delib. 6, 30, ALR. I 9 §§ 420 ff.) entsprechendes Inventar errichtet habe oder errichten werde, in der Verhandlung vorbringen. Unterläßt er dies, so ist er mit dieser Verteidigung ausgeschlossen. Diese in § 695 ausgesprochene Präklusion greift über die Regel des § 686 Abs. 2 hinaus. Nach § 686 Abs. 2 würde die Geltendmachung der Rechtswohlthat in der Exekutionsinstanz nicht ausgeschlossen sein, wenn die Inventarserrichtung nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlungen gelegen wäre. Durch § 695 ist der Erbe genötigt, sowohl die Inventarserrichtung wie auch die Absicht, ein Inventar zu errichten, im Prozesse anzukünden, um sich die Geltendmachung der aus der Inventarisierung erwachsenden Vorteile im Exekutionsstadium durch einen Vorbehalt im Urteil zu sichern. Der Vorbehalt im Urteile kann doppelter Art sein: entweder

es wird im Urteile ausgesprochen, daß der Erbe die Voraussetzungen des beneficium inventarii bereits erfüllt habe und daß sich daher seine Haftung auf die Kräfte der Erbschaft beschränke, oder es wird nur ausgesprochen, daß dem Schuldner die Geltendmachung des beneficium im Exekutionsstadium vorbehalten werde. Der Vorbehalt der zweiten Art muß ausgesprochen werden, wenn der Schuldner die Absicht der Inventarserrichtung angekündet hat (vgl. Mot. S. 416); aber auch in den Fällen, in denen der Erbe behauptet, daß er die Voraussetzungen der Rechtswohlthat bereits erfüllt habe, kann ein derartiger allgemeiner Vorbehalt ausgesprochen und dadurch die an und für sich mögliche Entscheidung darüber, ob die Rechtswohlthat zustehe, in das Exekutionsstadium hinüber geschoben werden.

2. Ist jemand als Benefizialerbe oder als Erbe mit dem Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars verurteilt, so kann der Gläubiger zunächst ohne jede Berücksichtigung der Rechtswohlthat gegen ihn die Zwangsvollstreckung betreiben und abwarten, ob Einwendungen erhoben werden; und zwar können trotz des im Urteil enthaltenen Vorbehalts nicht bloß die zum Nachlaß gehörigen Gegenstände, sondern auch das persönliche Vermögen des Erben angegriffen werden (Mot. S. 417; anders preuß. VO. v. 4. März 1834 § 2 und bay. PrO. Art. 833). Die Motive rechtfertigen dies damit, daß der Benefizialerbe das Veräußerungsrecht bezüglich der Nachlaßgegenstände hat und folglich die Vollstreckung bis zu einer neuen Verurteilung durch Veräußerung des Nachlasses vereiteln könnte.

Der Erbe wird mit den Einwendungen, welche er aus dem vorbehaltenen beneficium gegen die Zwangsvollstreckung erheben kann, auf den Weg der Klage gedrängt. Diese Klage kann auf Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung gerichtet sein. Aus dem materiellen Recht (Windscheid III § 606, Arndts § 523, Pr. ALR. I 9 §§ 413 ff., C. c. art. 793 ff., Cod. Max. III 1 § 18) ist zu bemessen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Erbe auf Grund der Rechtswohlthat des Inventars Aussetzung oder Aufhebung oder Beschränkung der Vollstreckung beantragen kann. Vgl. preuß. Ges. v. 28. März 1879 betr. die Zwangsvollstr. gegen Benefizialerben rc. (§ 1 Abs. 2 dies. Ges. ist an Stelle von § 2 der VO. v. 4. März 1834 getreten), dazu RG. Entsch. V S. 188 ff., VIII S. 268 ff., 272 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1137.

3. Ist der Erblasser verurteilt, so bedarf es zum Beginn der Vollstreckung gegen den Erben nach § 671 vgl. mit § 665 einer Umstellung der Vollstreckungsklausel. In diesem Falle kann der Erbe das benef. inv. noch im Exekutionsstadium geltend machen, ohne daß dasselbe vorbehalten ist. Die in Bem. Nr. 2 entwickelten Sätze finden entsprechende Anwendung.

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 35 Nr. 1 (in d. Fass. des RG. v. 29. Juni 1881), § 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 30 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 2.

5. Wo der Rechtssatz gilt, daß der Erbe nie über die Kräfte der Erbschaft haftet (z. B. Sächs. BGB. §§ 2328 ff.), ist § 695 gegenstandslos; aber § 696 behält seine Bedeutung und führt dazu, daß auch in diesen Rechtsgebieten die Zwangsvollstreckung ohne Berücksichtigung der vom Gesetze aufgestellten Schranke vollzogen werden kann, bis der Erbe Widerspruch im Wege der Klage erhebt. In diesen Rechtsgebieten steht der Erbe kraft Gesetzes dem als Benefizialerben Verurteilten materiell gleich; es ist nicht der geringste Grund erfindlich, ihn im Punkte der Vollstreckung anders zu behandeln als den Benefizialerben. [So auch Wilm. Levy N. 1 zu § 696, Hellmann Lehrb. S. 830, Dernburg pr. PrR. III § 221. AM. Struckm. Koch N. zu §§ 695, 696, Warmuth a. a. O. S. 251.]

§ 697.

Die Kosten der Zwangsvollstreckung fallen, soweit sie notwendig waren

(§ 87), dem Schuldner zur Last; sie sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben.

Die Kosten der Zwangsvollstreckung sind dem Schuldner zu erstatten, wenn das Urteil, aus welchem dieselbe erfolgt ist, aufgehoben wird.

Mot. S. 417. KPr. S. 367, 565.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Für den Anspruch auf Erstattung der Kosten der Zwangsvollstreckung kann ein anderer Titel zur Zwangsvollstreckung (§ 98) als das in der Hauptsache vollstreckbare Urteil und selbst eine Festsetzung dieser Kosten (§ 99) nicht mehr gefordert werden, wenn die vollständige Befriedigung des Gläubigers überhaupt zu Ende geführt werden soll."

Zu den Vollstreckungskosten gehören die Auslagen und Gebühren des GV., sowie die dem Gläubiger für die vollstreckbare Ausfertigung, für anwaltschaftliche Vertretung (§ 87 Abs. 2, GO. f. RA. § 23 Nr. 1), für notwendige Reisen ꝛc. erwachsenen Auslagen.

Die Kosten sind zunächst vom Gerichtsvollzieher zu berechnen. Der Schuldner kann gegen die Zugehörigkeit einzelner Ansätze zu den notwendigen Kosten sowie gegen die Höhe der Ansätze Erinnerungen nach § 685 Abs. 2 erheben. Auch der Gläubiger kann, falls der GV. sich weigert, eine vom Gläubiger liquidierte Auslage in die Kostenrechnung aufzunehmen, die gerichtliche Entscheidung nach § 685 Abs. 2 herbeiführen.

2. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Die Erstattung der Kosten einer Zwangsvollstreckung, deren Titel aufgehoben wird, folgt, wenn auch der Schuldner dem vollstreckbaren Urteil genügen mußte, doch daraus, daß der Gläubiger nur formell zur Anwendung des Zwangs berechtigt war. Die bloße Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils fällt nicht unter die Bestimmung des Abs. 2; sie beweist bei der Vorschrift, daß gewisse Urteile kraft Gesetzes für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind (§ 648), nichts für ein Versehen des Gläubigers. Daß durch die Erstattungspflicht nur der Gläubiger betroffen wird, nicht aber der Empfänger der entstandenen Kosten, versteht sich von selbst; von der Berechtigung des letzteren ist hier nicht die Rede."

Der Anspruch auf Kostenerstattung ist in derselben Weise geltend zu machen, wie der Anspruch auf Rückerstattung der Hauptsache. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 655.

§ 698.

Wird zum Zwecke der Vollstreckung das Einschreiten einer Behörde erforderlich, so hat das Gericht die Behörde um ihr Einschreiten zu ersuchen.

Mot. S. 417. KPr. S. 367, 565.

1. In den Entwürfen hieß es „das ungesäumte Einschreiten" und „hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers". In der JK. d. RT. wurden die gesperrten Worte gestrichen. Die Behörde soll stets, nicht bloß in dringlichen Fällen, durch das Vollstreckungsgericht requiriert werden. Durch den anderen Abstrich sollten Anträge des Gerichtsvollziehers auf Requisition, nicht etwa die Offizialthätigkeit des Gerichts, zugelassen werden.

2. Requisition einer Behörde kann erforderlich werden zur Bewirkung von Eintragungen in Grund- oder Hypothekenbüchern, soweit nicht die Eintragung durch die Partei direkt erwirkt werden kann (KPr. S. 412); ferner zur Eintragung nach §§ 678 Abs. 2, 699, 700, 793 oder nach den in § 757 und EG. § 15 Nr. 4 vorbehaltenen Landesgesetzen.

§ 699.

Soll die Zwangsvollstreckung gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Person des Soldatenstandes in Kasernen und anderen militärischen Dienstgebäuden oder auf Kriegsfahrzeugen erfolgen, so

hat auf Antrag des Gläubigers das Vollstreckungsgericht die zuständige Militärbehörde um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen.

Die gepfändeten Gegenstände sind einem von dem Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher zu übergeben.

Mot. S. 417, 418. KPr. S. 367, 383, 384, 565, 682, 683.

1. „Dem aktiven Heer oder der aktiven Marine angehörende Person des Soldatenstandes" — s. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 343. Militärbeamte gehören nicht zu Personen des Soldatenstandes.

2. „Die zuständige Militärbehörde" — s. Bem. Nr. 4 zu § 343.

3. Mit dem Ersuchen ist der vollstreckbare Titel der Militärbehörde zu übersenden.

4. Das Pfändungsrecht (§ 709) wird durch die Pfändung seitens der von der Militärbehörde beauftragten Person, nicht erst durch die Übergabe der Pfandgegenstände an den GV. erworben (KPr. S. 384, vgl. preuß. GA. f. GV. § 86 Abs. 1).

5. Die Mitwirkung des Gerichts ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 13).

§ 700.

Soll die Zwangsvollstreckung in einem ausländischen Staate erfolgen, dessen Behörden im Wege der Rechtshülfe die Urteile deutscher Gerichte vollstrecken, so hat auf Antrag des Gläubigers das Prozeßgericht erster Instanz die zuständige Behörde des Auslandes um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen.

Kann die Vollstreckung durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.

Mot. S. 417. KPr. S. 367, 565.

1. Zu Abs. 1: Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Fälle, in denen ausländische Behörden kraft Gesetzes oder Staatsvertrags inländische Urteile im Wege der Rechtshülfe vollstrecken. Zur Zeit bestehen derartige Verträge des Reichs nicht. Können ausländische Vollstreckungsbeamten von den Parteien direkt um Vollzug inländischer Urteile angegangen werden, so ist § 700 ebensowenig anwendbar, wie in dem Falle, daß zur Vollstreckung des inländischen Urteils erst eine von der Partei zu erwirkende ausländische Entscheidung nötig ist. — Über den Verkehr mit ausländischen Behörden s. Bem. Nr. 2 ad 1 zu § 182.

2. Zu Abs. 2: Vgl. RG. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juni 1879.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 Abs. 2 (in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881).

§ 701.

Gegen Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 418. KPr. S. 367, 565.

1. Ohne mündliche Verhandlung können gerichtliche Entscheidungen erfolgen nach §§ 647 Abs. 2, 656, 657, 668, 684, 685, 688, 689, 690 Abs. 3, 696 Abs. 3, 743, 773—776. Von diesen Entscheidungen sind die in §§ 647, 656, 657, 689, ferner die in §§ 690 Abs. 3 und 696 Abs. 3, soweit der § 689 eingreift, für unanfechtbar erklärt. Nur gegen die übrigen ist die sofortige Beschwerde (§ 540) zulässig. Auch die weitere Beschwerde ist nur als sofortige Beschwerde zulässig [RG. 8. Nov. 1884 Entsch. XV Nr. 127 S. 431; vgl. auch XVI S. 318]. Über das Verhältnis der Erinnerungen nach § 685 zu der Beschwerde s. Bem. Nr. 5 zu § 685.

2. Der zurückgewiesene Antrag des Gläubigers oder des Schuldners kann auch nach Ablauf der Beschwerdefrist und nach Zurückweisung der Beschwerde noch erneuert werden (Mot. S. 418).

§ 702.

Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt:

1) aus Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder in betreff eines Teils des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht abgeschlossen sind;
2) aus Vergleichen, welche im Falle des § 471 vor dem Amtsgerichte abgeschlossen sind;
3) aus Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet;
4) aus Vollstreckungsbefehlen;
5) aus Urkunden, welche von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Mot. S. 387, 418, 419. KPr. S. 367, 368, 565.

1. Zu Nr. 1: Der Begriff „Vergleich" ist aus dem materiellen Recht zu entnehmen. Weder das pure Anerkenntnis eines Anspruchs noch der pure Verzicht ist Vergleich. — Daß in einen Vergleich über einen rechtshängigen Anspruch andere außerhalb des anhängigen Prozesses liegende Rechtsverhältnisse hineingezogen wurden, thut der Vollstreckbarkeit des Vergleichs nicht Eintrag (nordd. Prot. IV S. 2011, 2012). Nur vor deutschen Gerichten geschlossene Vergleiche sind Vollstreckungstitel &c. Einerlei ist, ob der Vergleich vor dem Prozeßgericht oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter geschlossen ist (Mot. S. 418) [RG. 13. Nov. 1884 SA. XL Nr. 265]. Ein vor einem besonderen Gericht geschlossener Vergleich fällt nicht unter § 702. Der Ausdruck „deutsches Gericht" hat in Nr. 1 keinen anderen Sinn als in Nr. 5 des § 702. Aus § 705 Abs. 1 und 3 ist zu entnehmen, daß „deutsches Gericht" in Nr. 5 des § 702 nur die ordentlichen Gerichte bezeichnet. Auch stimmt dieses Resultat mit dem § 931 Nr. 1 des nordd. Entw., in welchem von gerichtlichem Vergleich die Rede und nach „gerichtlich" auf den dem § 268 des Gesetzes entsprechenden § 376 des nordd. Entw. verwiesen war. [So auch Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 235, v. Sarwey II S. 162, Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.-Ordn. S. 128, Falkmann Zwangsvollstr. S. 17. AM. Struckm. Koch N. 1 zu § 702, Hellmann III S. 65 f. und Lehrb. S. 814, Kleiner III S. 98 f., Endemann III S. 192, A. Förster N. 1c, Dernburg pr. PrR. I § 82 N. 9, Eccius Förster pr. PrR. I Anh. z. § 55, 56 N. 9. Die von den Gegnern cit. Äußerung eines Reg.-Kommissars i. d. JK. d. RT., KPr. S. 367, faßt den Gegensatz zwischen ord. u. bes. Gerichten gar nicht ins Auge.] — Vergleiche, welche vor Konsulargerichten geschlossen wurden, fallen nach § 14 des RG. v. 14. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit unter § 702 Nr. 1. Dagegen gehören vor Schiedsgerichten geschlossene Vergleiche nicht hierher. Letztere, gleichwie auch die vor besonderen Gerichten und vor Ver-

waltungsbehörden geschlossenen Vergleiche können landesgesetzlich als Vollstreckungstitel zugelassen werden (§ 706).

2. Zu Nr. 3: Die Fassung ist nicht korrekt. Gemeint sind außer den mit Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen auch die Entscheidungen der Beschwerdegerichte, gegen welche, wenn sie in erster Instanz erlassen wären, und Reichsgerichtsentscheidungen, gegen welche, wenn eine höhere Instanz da wäre, Beschwerde stattfinden würde. Die Übersicht der Entscheidungen, gegen welche Beschwerde zulässig ist, s. Bem. Nr. 1 u. 2 zu § 530. Natürlich kommen von den dort zusammengestellten Entscheidungen nur diejenigen, welche vollstreckbaren Inhalt haben (z. B. §§ 99, 126, 345, 355), als Vollstreckungstitel in Betracht.

3. Zu Nr. 4: „Vollstreckungsbefehle" — §§ 639, 704.

4. Zu Nr. 5: Über die Geschichte der sog. exekutorischen Urkunden s. Briegleb Geschichte des Exekutivprozesses, Renaud § 219 (S. 702 ff.), Kohler über exekutorische Urkunden (Festschr. f. Planck, 1887), auch in Arch. f. c. Pr. LXXII S. 1 ff.

Wegen des Begriffs „deutsches Gericht" vgl. Bem. Nr. 1. „Notar" — wer Notar ist, ist aus dem Landesgesetze zu beurteilen. „Amtsbefugnisse" — „Form". Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts und des Notars, sowie die Form bestimmt das Landesgesetz. „Aufgenommen" — es macht, abgesehen von der stets in die Haupturkunde gehörigen Vollstreckungsklausel, keinen Unterschied, ob der materielle Inhalt der Urkunde sich in einer als Teil des Hauptakts behandelten Anlage oder in jenem selbst befindet, ob die Urkunde unmittelbar vom Richter oder Notar aufgenommen ist oder die Partei sich nur zu dem Inhalt eines überreichten Schriftstückes bekannt hat, während bloß unterschriftlich rekognoszierte Urkunden ausgeschlossen sind (norddb. Prot. V S. 2263, 2264). „Anspruch — welcher — zum Gegenstande hat" — vgl. § 555 Bem. Nr. 1. Ansprüche auf Leistung „Zug um Zug" dürften sich aus dem in Bem. Nr. 1 litt. d zu § 555 dargelegten Grunde nicht zu exekutorischen Urkunden eignen [vgl. Dernburg pr. PrR. I § 103 N. 25]. Auf bedingte Forderungen können derartige Urkunden lauten, ebenso auf Forderungen, deren Fälligkeit von einer Kündigung abhängt (Mot. S. 419); dann ist § 664 anwendbar. „Und der Schuldner — sich unterworfen hat." Ausdrückliche Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung ist Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit. Über die Bedeutung einer Schiedsklausel gegenüber einer vollstreckb. Urkunde vgl. RG. Entsch. XI Nr. 65 S. 285 ff. Von Urkunden, welche vor dem Inkrafttreten der CPrO. aufgenommen sind, handelt das EG. § 22. Entsprechen solche Urkunden den Erforderniſſen des § 702 Nr. 5, so sind sie Vollstreckungstitel im ganzen Reiche. Der Gläubiger, welcher eine exekutorische Urkunde hat, kann den Anspruch auch im ordentlichen oder im Urkundenprozeß einklagen oder Zahlungsbefehl erwirken.

5. Zu den in § 702 aufgeführten Vollstreckungstiteln sind noch beizufügen: a) die Arrestbefehle und einstweiligen Verfügungen: §§ 808, 809, 815; b) die Feststellungen und Zwangsvergleiche in Konkursen: KO. §§ 152, 179, 192; c) die Entscheidungen der Strafgerichte über den Verfall einer Sicherheit: StPrO. §§ 122 Abs. 3 und über Vermögensstrafe oder Buße: StPrO. §§ 483 Abs. 1, 495; d) Urteile der Ehrengerichte der Anwaltskammern auf Geldstrafen und Kosten: RAO. § 97; e) Teilungspläne nach Genossenschafts-Gesetz v. 4. Juli 1868 §§ 54 ff., 61. — Wegen der landesgesetzlich zulässigen Vollstreckungstitel s. § 706.

§ 703.

Auf die Zwangsvollstreckung aus den in den vorstehenden Paragraphen erwähnten Schuldtiteln finden die Bestimmungen der §§ 662—701 ent-

sprechende Anwendung, soweit nicht in den §§ 704, 705 abweichende Vorschriften enthalten sind.

Mot. S. 419. KPr. S. 368, 565.

1. Über Anwendung des § 662 auf die Vollstreckungstitel des § 707 s. Bem. Nr. 2 zu § 662. — Über Anwendung des § 664 auf exekutorische Urkunden s. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 702. — Die entsprechende Anwendung des § 665 auf die allgemeinen Rechtsnachfolger des Gläubigers oder Schuldners der Vollstreckungstitel des § 702 unterliegt keinem Bedenken. Zweifelhaft ist, ob § 665 auch auf den Singularsuccessor des Schuldners eines Vollstreckungstitels, welcher keine gerichtliche Entscheidung ist, Anwendung findet. Von praktischer Bedeutung ist die Frage insbesondere für hypothekarische Ansprüche, denen in einer exekutorischen Urkunde (§ 702 Nr. 5) die sofortige Vollstreckbarkeit gewährt ist; kann die Vollstreckungsklausel gegen den Erwerber des verpfändeten Grundstücks auf Grund des § 665 begehrt und auf solche Weise die Exekution gegen den Erwerber ohne Klage und Urteil erlangt werden? Dagegen scheint zu sprechen, daß kein Rechtsstreit und folglich keine „im Streit befangene Sache“ vorliegt. Auch bemerken die Mot. S. 419: bei solchen Titeln, welche nicht in einer Entscheidung des Gerichts bestehen, sei für die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Vollstreckbarkeit gegen den Singularsuccessor kein Raum. Erwägt man jedoch, daß der § 665 auch bei Singularsuccessionen, welche nach der Rechtskraft des Urteils erfolgen, die Erteilung der Vollstr.-Klausel gegen den Successor vorsieht, während doch in diesem Fall eine im Streit befangene Sache eigentlich auch nicht mehr da ist; ferner, daß die exekutorische Urkunde, ihrer Entwickelungsgeschichte entsprechend, im Punkte der Exekutionsfähigkeit dem Urteile vom Gesetze gleichgestellt und daß die entsprechende Anwendbarkeit des § 665 durch § 703 angeordnet ist, so darf wohl angenommen werden, daß die Veräußerung der durch eine vollstreckbare Urkunde betroffenen Sache der Veräußerung einer durch Urteil betroffenen Sache gleichsteht und daß daher die Vollstr.-Klausel gegen den Erwerber — vorausgesetzt, daß der Erwerb nach der Herstellung der vollstreckbaren Urkunde liegt — erteilt werden kann. [So auch Kurlbaum die preuß. Subhastationsordnung v. 15. März 1869 (Stuttg. 1879), Krech und Fischer Komm. z. preuß. Subh.-Ordnung v. 1883 S. 139, Rudorff Zwangsvollstr. i. d. unbew. Verm. S. 49, Eccius Förster pr. PrR. III S. 498 N. 58, A. Förster N. 3 zu § 665, Falkmann Zwangsvollstr. S. 39. AM. Struckm. Koch N. 1, Gaupp III S. 240 f., Petersen S. 679, Fitting Lehrb. § 80 N. 21. Wieder anders Wilm. Levy N. 5 zu § 665, welche — nach preuß. Recht — die Erteilung der Vollstr.-Klausel gegen den Erwerber des Grundstücks von der Eintragung der Klausel ins Grundbuch bedingt sein lassen.] In Bayern ist durch AG. z. CPrO. Art. 128 ausdrücklich bestimmt, daß aus den Hypothekenurkunden, welchen nach Art. 127 und 137 des cit. AG. die Eigenschaft von Vollstreckungstiteln zukommt, die Zwangsvollstreckung auch gegen den dritten Besitzer der Sache stattfindet. Über Erteilung der Vollstreckbarkeitsklausel gegen den dritten Besitzer enthält Art. 130 und 134 des cit. AG. Vorschriften. Anwendung auf Ewiggeldbriefe s. Art. 138 des cit. AG. — Die entsprechende Anwendung des § 686 auf Vergleiche (§ 702 Nr. 1 und 2) ergiebt: die in § 686 Abs. 1 bezeichneten Klagen sind bei dem Gericht, bei welchem der durch den Vergleich erledigte Prozeß in erster Instanz anhängig war, und im Falle des § 702 Nr. 2 bei dem Amtsgericht anzubringen, vor welchem der Vergleich in noch nicht rechtshängiger Sache geschlossen wurde. Die Klage aus § 686 ist nur wegen solcher Einwendungen zulässig, deren Gründe erst nach dem Vergleichsschlusse entstanden sind [vgl. Wilm. Levy N. 6 zu § 686, Haarmann Ztschr. f. d. CPr. I S. 399. AM. Gaupp III S. 241, Kohler Arch. f. c. Pr. LXXII S. 19]. Eine andere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen der Vergleich anfechtbar ist; dies ist aus dem materiellen Recht zu beantworten. Die nach dem Civilrecht zustehende Anfechtungs-

klage steht nicht unter den Regeln des § 686. Mittels der Klage aus § 686 kann ein Anfechtungsgrund nicht geltend gemacht werden.

2. Für die Vollstreckungstitel der KO. (s. Bem. Nr. 5 litt. b zu § 702) giebt KO. § 152 Abs. 3 cf. §§ 179, 192 besondere Vorschriften.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 15, 38 Nr. 2 (i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 24, 25.

§ 704.

Vollstreckungsbefehle bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach Erlassung der Befehle eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist.

Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstanden sind.

Für Klagen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden oder die bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das Amtsgericht zuständig, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat. Gehört der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte, so sind die Klagen bei dem zuständigen Landgerichte zu erheben.

Mot. S. 419, 420. KPr. S. 368, 504, 565.

1. Zu Abs. 1: Da die Vollstreckungsbefehle (§ 639) schon die Vollstreckungsklausel enthalten, bedürfen sie einer neuen Vollstreckungsklausel nur, um für den Rechtsnachfolger des Gläubigers oder gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners vollstreckt werden zu können. Die Rechtsnachfolge muß nach Erlaß des Vollstreckungsbefehls eingetreten sein, vgl. Bem. Nr. 4 zu § 639. Gegen den Singularsuccessor des Schuldners kann zu dem Vollstreckungsbefehl die Vollstreckungsklausel erteilt werden, wenn der Vollstreckungsbefehl einen hypothekarischen Anspruch betrifft (s. Bem. Nr. 1 zu § 628) und die verpfändete Sache auf einen dritten übergegangen ist, vorausgesetzt, daß nach dem maßgebenden Hypothekenrecht ein Anspruch auf Zahlung gegen den Drittbesitzer besteht; darüber vgl. Bem. Nr. 1 litt. c zu § 555. — Wegen der Gebühren s. GKG. § 38 Nr. 2 (i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881) und GO. f. RA. §§ 24, 35.

2. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Maßgebend für die Zulassung materieller Einwendungen ist die Zustellung des Vollstreckungsbefehls. Vorher entstandene Einwendungen kann der Schuldner sich mittels Einspruchs (§ 640) salvieren. Was aber die nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstandenen Einwendungen angeht, so ist es billig, sie allgemein zuzulassen, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Einspruch hätten geltend gemacht werden können oder nicht. Der Schuldner, welcher nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls zahlt, würde sonst genötigt sein, Einspruch zu erheben, um sich gegen eine etwaige spätere Exekution zu sichern."

Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8; GO. f. RA. § 20.

3. Zu Abs. 3: „Klagen" — §§ 667, 686, 687. — „Bei dem zuständigen Landgericht" d. i. bei dem dem Amtsgericht vorgesetzten Landgericht.

§ 705.

Die vollstreckbare Ausfertigung gerichtlicher Urkunden wird von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erteilt, welches die Urkunde aufgenommen hat.

Die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden wird von dem Notar erteilt, welcher die Urkunde verwahrt. Befindet sich die Urkunde in der Verwahrung einer Behörde, so hat diese die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen.

Die Entscheidung über Einwendungen, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, sowie die Entscheidung über Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung erfolgt bei gerichtlichen Urkunden von dem im ersten Absatze bezeichneten Gerichte, bei notariellen Urkunden von dem Amtsgerichte, in dessen Bezirke der im zweiten Absatze bezeichnete Notar oder die daselbst bezeichnete Behörde den Amtssitz hat.

Auf die Geltendmachung von Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, findet die beschränkende Vorschrift des § 686 Abs. 2 keine Anwendung.

Für Klagen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden oder der bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Urkunde abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das Gericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Gericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

Mot. S. 420. KPr. S. 368, 565.

1. Der ganze § 705 bezieht sich nur auf die exekutorischen Urkunden des § 702 Nr. 5 [so auch Wilm. Levy N. 2, Gaupp III S. 243 f., Petersen S. 980, Krech Fischer Komm. z. preuß. Subh.-Ordn. S. 142], nicht auf Vergleiche [wie Struckm. Koch N. 1, Hellmann II Komm. S. 70 u. Lehrb. S. 817 f., Kleiner III S. 106, Kohler Arch. f. c. Pr. LXXII S. 18 ff. und bezüglich der Nr. 2 des § 702 auch v. Sarwey II S. 168 annehmen; die Widerlegung s. bei Gaupp a. a. O.].

2. Zu Abs. 1: § 666 findet hierher Anwendung. — Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 15, GO. f. RA. §§ 24, 35.

3. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Die Befugnis der Notare zur Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen ist der Einfachheit wegen auch in den Fällen der §§ 664, 665 nicht beschränkt. Inwieweit die Befugnis des die Urkunde aufnehmenden und verwahrenden Notars nach dessen Abgang auf einen anderen Notar oder eine andere Behörde übergeht, hängt von der Verfassung des Notariats und den landesgesetzlichen Bestimmungen über die Verwahrung der Notariatsurkunden ab."

Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 38 Nr. 2 (in d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 24, 25.

4. Zu Abs. 3: Vgl. die §§ 668, 669 nebst den Bemerkungen.

5. Zu Abs. 4: Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, wozu auch Einwendungen gegen die Rechtsbeständigkeit des beurkundeten Geschäfts gehören, sind ohne prozessualische Beschränkung zulässig. Welche Einwendungen zulässig sind, ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen. — Auch diese Einwendungen sind auf den Weg der Klage (§ 686) verwiesen, wenn die Vollstreckung aus der exekutorischen Urkunde begonnen hat. Für die Klage gilt § 686 Abs. 3. Die Geltendmachung solcher Einwendungen im Wege der

Klage hemmt noch nicht die Vollstreckbarkeit der Urkunde; doch findet gemäß § 703 der § 688 entsprechende Anwendung. Das Gericht kann die nach § 688 zulässigen Anordnungen auch bei solchen Einwendungen, die vor Errichtung der Urkunde entstanden sind, erlassen (Mot. S. 420; vgl. a. norbd. Prot. V S. 2276, 2277). — Über die Bedeutung der in einem Vertrage enthaltenen Schiedsklausel gegenüber einer selbständigen, wenn auch mit dem Vertrag im Zusammenhang stehenden vollstreckb. Urkunde vgl. RG. 24. Jan. 1883 Entsch. XI Nr. 65 S. 285 ff.

6. Zu Abs. 5: Die in § 705 Abs. 5 enthaltenen Zuständigkeitsbestimmungen betreffen die **örtliche** Zuständigkeit für die Klagen nach §§ 667, 686, 687. Die **sachliche** Zuständigkeit richtet sich nach GVG. §§ 23, 70. Vgl. Bem. zu § 707.

§ 706.

Die Landesgesetzgebung ist nicht gehindert, auf Grund anderer als der in den §§ 644, 702 bezeichneten Schuldtitel die gerichtliche Zwangsvollstreckung zuzulassen und insoweit abweichende Vorschriften von den Bestimmungen dieses Gesetzes über die Zwangsvollstreckung zu treffen.

Die vorstehende Bestimmung findet auch auf Hypothekenurkunden (Hypothekenschuldbriefe, Hypothekenscheine u. s. w.) Anwendung.

Mot. S. 420, 421. KPr. S. 368, 565.

Preußen: AG. z. CPr. §§ 10, 12, 29 (dazu Pr. EG. z. HGB. Art. 57 Nr. 7); Ges. v. 8. März 1879 betr. die Rheinschifffahrtegerichte § 12; Ges. v. 9. März 1879 betr. die Elbzollgerichte § 9; Ges. v. 13. Juli 1883 betr. die Zwangsvollstr. i. d. unbew. Vermögen § 129; vgl. a. Ges. v. 4. März 1879 betr. die Immobiliarvollstr. §§ 5 und 26; sowie für Hannover § 528 Nr. 3 der hann. bürgerl. PrO. (dazu Krech Fischer Komm. z. Subh.-Ordn. v. 1883 S. 137); Schiedm.-Ordn. v. 29. März 1879 §§ 32 u. 47; Ges. v. 31. März 1879 betr. die Übergangsbestimmungen §§ 13, 14, 19–23. **Bayern:** AG. z. CPrO. Art. 4–8, 127–139, 220, 221. **Sachsen:** Ges. v. 12. März 1879 betr. die Behandlung der anhäng. Rechtssachen § 17. **Württemberg:** AG. z. CPrO. Art. 9, 12–14, 30. **Hessen:** AG. z. CPrO. Art. 4 u. 94. **Oldenburg:** VO. v. 10. April 1879 Art. 49. **Sachsen-Coburg-Gotha:** AG. z. CPrO. § 8. **Sachsen-Meiningen:** AG. z. CPrO. § 6. **Reuß ä. L.:** AG. § 22. **Reuß j. L.:** AG. § 8. **Schwarzburg-Rudolstadt:** AG. § 6. **Bremen:** AG. § 4. **Hamburg:** AG. §§ 4–16. **Lübeck:** AG. Art. 2. **Elsaß-Lothringen:** AG. z. CPrO. §§ 16, 44.

§ 707.

Die in diesem Buche angeordneten Gerichtsstände sind ausschließliche.

Mot. S. 421. KPr. S. 370, 565.

Die Übersicht der im achten Buch angeordneten Gerichtsstände s. Bem. Nr. 3 vor § 12. Soweit in diesen ausschließlichen Gerichtsständen die sachliche Zuständigkeit nach dem Werte des Streitgegenstandes zwischen Amts- und Landgericht verteilt ist (§§ 660 Abs. 2, 690, 704 Abs. 3, 705 Abs. 5, 710 Abs. 2), ist hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit Prorogation möglich. Im übrigen, also namentlich, wenn das Vollstreckungsgericht zuständig ist, ist auch die sachliche Zuständigkeit eine ausschließliche. [Vgl. dagegen RG. Entsch. XIII S. 369.]

Zweiter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

1. Der zweite Abschnitt bezieht sich auf Zwangsvollstreckung wegen **Geldforderungen**. Geldforderung ist zunächst jede Forderung, welche auf eine Geldsumme in Reichswährung oder in einer derjenigen Währungen lautet, deren Verhältnis zur Reichswährung in § 14 des Münzgesetzes v. 9. Juli 1873 festgesetzt ist. Die Forderung auf eine Geldsumme in ausländischer Währung ist Geldforderung im Sinne dieses Abschnitts, wenn die Zahlung unter

Umrechnung nach dem Kurse in inländischem Geld erfolgen kann [vgl. Endemann III S. 200 f.]. Differenzen wegen des Umrechnungskurses sind nach § 685 zu erledigen. Kann die Zahlung nicht in inländischem Geld erfolgen, so liegt eine Forderung auf vertretbare Sachen vor, deren Vollstreckung sich nach §§ 770, 778 Abs. 2 richtet. Lautet die Forderung auf Zahlung einer Geldsumme in in- oder ausländischer Währung mit dem Zusatze, daß die Zahlung nur in bestimmter Münzsorte zu leisten sei, so kann der Gläubiger jedenfalls die Exekution nach §§ 770, 778 Abs. 2 betreiben; aber er kann auch unter Verzicht auf die Zahlung in der bestimmten Sorte die Exekution nach den Vorschriften des zweiten Abschnitts verlangen und denjenigen Betrag in Reichswährung beitreiben, welcher nötig ist, um die effektiv zu leistenden Sorten zu beschaffen, unbeschadet des Rechts des Schuldners, nach Beginn der Exekution noch die Zahlung in der betr. Sorte zu leisten. Dagegen sind Forderungen, bei denen es dem Gläubiger auf die Beschaffung bestimmter, in- oder ausländischer Geldsorten ankommt [Dernburg pr. PrR. II § 33 Ziff. 2b spricht von exklusiver Geldsortenschuld], nicht als Geldforderungen, sondern nach §§ 770, 778 Abs. 2 beizutreiben.

2. Wegen der Gebührenberechnung bei Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen s. GKG. § 13 Abs. 2, GO. f. RA. § 10, GO. f. GV. § 4.

Erster Titel.

Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 708.

Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung. Sie darf nicht weiter ausgedehnt werden, als zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist.

Die Pfändung hat zu unterbleiben, wenn sich von der Verwertung der zu pfändenden Gegenstände ein Überschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt.

Mot. S. 423. KPr. S. 370, 375, 565.

1. Welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, bestimmt sich nach den Landesgesetzen (§ 757 Abs. 2).

Früchte, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind (vgl. § 714), und bewegliche Pertinenzen einer unbeweglichen Sache unterliegen ohne die unbewegliche Sache der Pfändung (Mobiliarexekution), mit der unbeweglichen Sache aber der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Darüber, wie sich beide Arten von Zwangsvollstreckung zu einander verhalten, bestimmt die Prozeßordnung nichts. Beide Arten von Vollstreckung können neben und nacheinander zulässig sein [vgl. Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 87 ff.]. Die Rangverhältnisse der durch die eine oder andere Vollstreckung entstehenden Rechte ordnen sich nach der Zeit des Vollzugs der Zwangsvollstreckung.

Landesgesetze können, da ihnen nach § 757 (vgl. a. KO. § 39) die Bestimmung des Umfangs der Immobiliarvollstreckung überlassen ist, bestimmen, daß der Beginn der einen Art von Vollstreckung die andere Art der Vollstreckung ausschließe. So bestimmt die preuß. Subh. § 206, daß bewegliche Gegenstände, welche zur Immobiliarmasse gehören — also auch die Früchte und Pertinenzen — der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen nur unterliegen, solange sie nicht im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen in

Beschlag genommen sind (Subh.Ordn. §§ 16, 140). Und das Gleiche ergiebt sich aus der bay. Subh.Ordn. Art. 8 Abs. 1 [vgl. Ortenau Komm. 2. Aufl. S. 45]. Die nach der Beschlagnahme vollzogene Pfändung ist hiernach unwirksam. Ein Landesgesetz, welches bestimmte, daß die Immobiliarexekution Früchte oder Pertinenzen nicht ergreifen könnte, wenn diese bereits vorher gepfändet sind, ist m. W. nicht erlassen. Es ist daher die Erstreckung der Immobiliarexekution auf gepfändete Früchte und Pertinenzen zulässig, wenn die Früchte noch nicht getrennt oder wenn sie nach der Trennung zu Pertinenzen geworden und die Pertinenzen ihrer Eigenschaft als solche noch nicht entkleidet sind.

Ob derjenige, welcher ein dingliches Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Grundstück hat (Realberechtigter), der Pfändung von Früchten und Pertinenzen widersprechen kann, ist aus dem materiellen Recht und aus § 690 zu beurteilen. Es kommt darauf an, ob er ein der Exekution entgegenstehendes Recht hat. Die preuß. Sub.Ord. § 206 giebt jedem Realberechtigten das Recht des Widerspruchs. Das Recht des Widerspruchs dauert bis zur Beendigung der Mobiliarexekution. Nach bay. Recht steht dem Hypothekengläubiger ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung von Pertinenzen, nicht aber gegen die Pfändung von Früchten zu [vgl. Ortenau Komm. 2. Aufl. S. 44 ff. daselbst Angaben über Rechtspr. und Litt.]. Der § 710 Satz 1 der CPrO. steht dem Widerspruchsrechte, wo ein solches aus dem Landesrechte begründet ist, keinesfalls entgegen; denn er bezieht sich überhaupt nicht auf hypothekarische Rechte an Früchten und Pertinenzen unbeweglicher Sachen [vgl. KPr. S. 386, RG. 3. Okt. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1166, 15. April 1887 Entsch. XVII Nr. 77 S. 325, bay. o. LG. SA. XXXVIII Nr. 303, Samml. v. E. IX S. 757, X S. 263 u. 265, Johow in Behrends Ztschr. V S. 313 ff., Oppenheim Beitr. z. Erl. d. DR. XXVI S. 769]. Wo ein solches Widerspruchsrecht besteht, wird es auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß derjenige, welcher die Mobiliarexekution betreibt, ein Realberechtigter mit Vorrang ist.

Eine andere Frage ist, ob der Realberechtigte (Hypothekengläubiger rc.), welchem Früchte oder Pertinenzen als Nebensachen der unbeweglichen Sache haften, die vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der gepfändeten Früchte verlangen kann (§ 710). Auch die Beantwortung dieser Frage ist nur unter Heranziehung der Landesgesetze möglich. Die CPrO. steht dem Anspruche nicht entgegen, gewährt ihn aber auch nicht, wo er aus dem Landesrechte nicht zu begründen ist. Es kommt insbesondere darauf an, ob das dem Realberechtigten zustehende dingliche Recht nach Landesgesetz die Veräußerung der Früchte oder Pertinenzen überdauert. Da die Pfändung stehender Früchte nach § 725 vor der Trennung erfolgen kann, so kann der Realberechtigte auch ein Vorrecht auf den Erlös haben. Eine Veräußerung von Pertinenzen ohne räumliche Trennung ist nicht wohl denkbar. Früchte und Pertinenzen scheiden nach den meisten Landesrechten durch die räumliche Entfernung aus dem Nexus aus; dann kann ein Anspruch des Realberechtigten auf vorzugsweise Befriedigung aus dem bei der Mobiliarexekution erzielten Erlös nicht mehr bestehen. Daraus daß der Realberechtigte ein Widerspruchsrecht hat (s. o. Abs. 1) folgt noch nicht, daß er ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse hat. [Vgl. RG. 15. April 1887 Entsch. XVII Nr. 77 S. 323 ff. (zunächst franz. R. betr.), ferner RG. 3. Okt. 1883 Beitr. XXVIII S. 1166, Nessel eod. XXVI S. 200 ff., Gaupp in Boschers Ztschr. für freiwill. Gerichtsbarkeit rc. XXX S. 1 ff.]

Darüber, ob ein Realberechtigter zur Immobiliarmasse gehörige Gegenstände des beweglichen Vermögens im Wege der selbständigen Mobiliarexekution in Anspruch nehmen kann vgl. Meyländer Beitr. z. E. d. DR. XIX S. 668 ff., Heidenfeld eod. XXVI S. 489 ff., XXVII S. 595, Eccius (Förster) 4. Aufl. III S. 494 ff., Jäckel Zwangsvollstr. in d. unbewegl. Verm. S. 34, 474, Achilles die preuß. Ges. üb. d. Grundeigentum 3. Aufl. S. 265, Turnau preuß. Grundb.Ordn. 3. Aufl. S. 701, Krech und Fischer Komm. z. preuß. Subh.-

Ord. Anhang 1886 S. 827, — diese für Zulässigkeit. Dagegen Niedeck Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 532 ff. u. RG. 3. Okt. 1881 eod. XXVI S. 503 f.

2. Der zweite Satz des Abs. 1 und der Abs. 2 des § 708 enthalten Anweisungen an den Gerichtsvollzieher. Die dagegen verstoßende Pfändung ist nicht nichtig. Der Schuldner hat das Recht, Einwendungen nach § 685 dagegen zu erheben [vgl. OLG. Darmstadt SA. XL Nr. 238]. Eine Anschlußpfändung kann nicht wegen § 708 Abs. 2 aufgehoben werden [OLG. Hamburg SA. XLIII Nr. 171].

§ 709.

Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande.

Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind.

Das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht geht demjenigen vor, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird.

Mot. S. 421—425. KPr. S. 370—374, 568—570, 713—716.

1. Nach dem gem. Recht entstand durch die pignoris capio ein Pfandrecht, über dessen rechtliche Natur jedoch Meinungsverschiedenheiten obwalteten. [Vgl. Dernburg Pfandrecht I § 53, II § 119, Stölzel Arch. f. c. XLV Pr. S. 272 ff., Meibom eod. LII S. 297 ff., Windscheid Pand. I § 233.] Dem gem. Recht schlossen sich das sächs. BGB. § 487 und das hess. Pfandges. v. 15. Sept. 1858 Art. 181 an. Dagegen läßt das franz. Recht (C. c. art. 2093 ff.; C. de proc. art. 656) weder ein Pfand- noch ein Vorzugsrecht durch die Pfändung entstehen. Denselben Standpunkt nahmen deutsche Partikulargesetze ein, so das preuß. Recht seit der KO. v. 8. Mai 1855 Tit. 1 Abschn. 8, das bay. Recht seit der PrO. v. 1869 Art. 938, das württemb. Recht seit dem EG. zum D. HGB. v. 13. Aug. 1865 Art. 53 und das bad. Landrecht. Die Vorteile und Nachteile der beiden Systeme sind sowohl in den Motiven, wie insbesondere in den Beratungen d. JK. d. RT. ausführlich erörtert. Wie alle Entwürfe seit dem nordd. Entw. hat das Gesetz für das Pfandrecht sich entschieden.

2. Im allgemeinen sind die materiellrechtlichen Wirkungen des durch Pfändung entstehenden Pfandrechts nach dem materiellen Recht zu beurteilen. Daraus ist auch zu entnehmen, welche Rechtsbehelfe dem Gläubiger zum Schutze des Pfandrechts und des Pfandbesitzes (hypothecaria actio, Interdikte) zustehen und inwieweit die Verfolgung des Pfandrechts gegen den redlichen Erwerber oder Pfandnehmer möglich ist (HGB. Art. 306, Pr. ALR. I 7 § 171 cf. § 162, sächs. BGB. Art. 469). [Vgl. a. Voß Beitr. z. Erl. d. DR. XXIII S. 247 ff., v. Glasenapp eod. XXIV S. 259.] Die CPrO. greift jedoch durch folgende Bestimmungen über die Wirkungen dieses Pfandrechts in das materielle Recht ein:

a) Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht. [Vgl. Voß Arch. f. c. Pr. LXVI S. 177 ff., Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 100 ff.] Welche Wirkungen das vertragsmäßige Faustpfandrecht anderen Gläubigern gegenüber hat, ist aus dem Landesrecht zu beurteilen. Sowohl nach gem. Civilrecht wie nach sämtlichen Partikularrechten gewährt das vertragsmäßige Faustpfandrecht und daher auch das Vollstreckungspfandrecht dem Pfandgläubiger das Recht, aus dem Pfandgegenstand vor anderen nicht besser zur Sache berechtigten Gläubigern Befriedigung zu nehmen.

b) Das Pfandrecht geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den

Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind. Die Bestimmung ist aus EG. z. KO. §§ 14, 15 und aus KO. § 41 zu ergänzen. *α*) Die §§ 14 und 15 des EG. z. KO. enthalten Minimalerfordernisse des im Konkurs zu respektierenden Faustpfandrechts an beweglichen körperlichen Sachen (§ 14), an Forderungen und anderen Vermögensrechten (§ 15). Das cit. EG. bestimmt nicht, daß unter den daselbst aufgestellten Voraussetzungen ein Faustpfandrecht zu Stande komme (vgl. EG. z. KO. § 16), sondern nur, daß ein landesgesetzlich zu Recht bestehendes Faustpfandrecht im Konkurse nicht als Faustpfandrecht zu respektieren sei, wenn es nicht den daselbst aufgestellten Erfordernissen genüge. Indem CPrO. § 709 den Vorrang des Pfändungspfandrechts vor allen Pfandrechten statuiert, welche für den Fall des Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind, so steht jedes Pfandrecht an einer beweglichen körperlichen Sache und an einer Forderung, welches den in EG. z. KO. §§ 14 und 15 aufgestellten Minimalerfordernissen nicht genügt, dem Pfändungspfandrechte nach. *β*) In KO. § 41 sind die Gläubiger aufgezählt, welche den Faustpfandgläubigern gleichgestellt sind. Alle Pfand- und Vorzugsrechte, die dort nicht aufgezählt sind, also insbesondere die Generalhypotheken und -privilegien, desgleichen die etwa noch bestehenden, dort aber nicht reproduzierten gesetzlichen Hypotheken- oder Vorzugsrechte an beweglichen Sachen, stehen dem Pfändungspfandrecht im Range nach. Zur Vermeidung von Härten läßt EG. § 23 der Landesgesetzgebung Raum für Übergangsbestimmungen zu Gunsten bereits erworbener Rechte. — Übrigens bestimmt die CPrO. nur negativ, daß andere, als die in KO. § 41 Nr. 1—8 aufgezählten Vorzugsrechte, dem Pfändungspfandrecht nicht vorangehen können. Ob die dort aufgezählten Vorzugsrechte außerhalb des Konkurses bestehen, welchen Rang dieselben im Verhältnis zum Pfändungspfandrecht einnehmen, ist wieder nach dem materiellen Recht zu beurteilen. [Vgl. OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 81.]

Nach preuß. AG. z. KO. § 7 finden die Vorschriften des § 41 der KO. auch außerhalb des Konkurses auf das Verhältnis der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu anderen Gläubigern des Schuldners entsprechende Anwendung. Nach bayer. AG. z. CPrO. Art. 140 können in den Landesteilen rechts d. Rheins die in § 41 Ziff. 2–7 der KO. aufgeführten Gläubiger in Ansehung der dort bezeichneten Ansprüche aus den dort bezeichneten Sachen vorzugsweise Befriedigung vor den Gläubigern verlangen, welche nach der Begründung des Vorzugsrechts durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben. Wegen der bayer. Pfalz s. AG. z. CPrO. Art. 199, 200.

Die hiernach zulässigen Vorzugsrechte können auch außerhalb des Konkurses nur in dem Umfange bestehen wie im Konkurse. Der Vermieter kann z. B. ein Pfandrecht an den Illaten nicht für alle Forderungen aus dem Mietvertrage, wie nach gem. Recht, sondern nur für die in KO. § 41 Nr. 4 bezeichneten Ansprüche geltend machen. Soweit nicht besondere Privilegien bestehen (vgl. z. B. preuß. AG. z. KO. § 6), entscheidet die Priorität der Entstehung über das Rangverhältnis.

c) Das Recht auf vorzugsweise Befriedigung vor anderen Gläubigern behält der Gläubiger auch der Konkursmasse des Schuldners gegenüber (KO. § 41 Nr. 9); er hat ein Recht auf Absonderung, nur der Überschuß ist an die Konkursmasse abzuliefern. Die Vorschriften, welche die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Gültigkeit der Pfandrechte betreffen (KO. §§ 11, 12, 98), finden auch auf das Pfändungspfandrecht Anwendung. Die Entwürfe bestimmten in Bezug auf das Pfändungspfandrecht: „Der Gläubiger behält dieses Recht auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners unbeschadet der Vorschriften, welche die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Gültigkeit der Pfandrechte betreffen." In der JK. d. RT. wurde dieser Satz gestrichen, weil derselbe schon in KO. § 41 Nr. 9, §§ 11, 12, 98 enthalten ist. Über Anfechtung des Pfändungspfandrechts vgl. RG. Entsch. II S. 374, III S. 395, VI S. 367, VII S. 36, X S. 33, XVII S. 26, Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1033, vgl. a. Ztschr. f. d. CPr. VII S. 329, IX S. 476. Über das Verhältnis des Pfändungspfandrechts zu C. c. art. 880 vgl. RG. Entsch. XVIII Nr. 90 S. 398.

d) Das durch die frühere Pfändung begründete Pfandrecht geht demjenigen vor, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird. Wegen der Anschlußpfändung vgl. §§ 727, 728. Wird gleichzeitig für mehrere Gläubiger gepfändet (z. B. ein Gerichtsvollzieher pfändet im Auftrage mehrerer Gläubiger), so stehen die Pfandrechte der mehreren Gläubiger im Range gleich; jeder erhält Befriedigung pro rata.

3. Die Arrestpfändung begründet nach § 810 für die Arrestgläubiger ein Pfandrecht mit den in § 709 bestimmten Wirkungen.

4. Die Rechtsverhältnisse bezüglich der im Laufe des Zwangsvollstreckungsverfahrens hinterlegten Beträge und Gegenstände. [Vgl. Cohn Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 574 ff.]

a) Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld und Wertpapieren seitens des Schuldners zum Zwecke der Abwendung, der Einstellung oder Aufhebung der Vollstreckung nach §§ 647, 652 Abs. 2, 657, 668 Abs. 2, 685 Abs. 1, 688 Abs. 1, 803, 818. Nach gem. Recht entsteht durch die Hinterlegung ein vertragsmäßiges Faustpfandrecht an der hinterlegten Sicherheit zu Gunsten der Forderung des Gläubigers. Die Hinterlegungsbeamten vertreten den Gläubiger in Ausübung des Pfandbesitzes. Das Faustpfandrecht entspricht daher den Anforderungen des EG. z. KO. § 14 Abs. 1; folglich hat der Gläubiger ein Absonderungsrecht im Konkurse des Schuldners nach KO. § 40. [Vgl. Planck I S. 373.] In der JK. d. RT. war beantragt, für diese Fälle auszusprechen, daß der Gläubiger an der hinterlegten Sicherheit die in § 709 Abs. 2 bestimmten Rechte erwerbe. Der zuerst angenommene Zusatz wurde, obwohl man darüber einverstanden war, daß der Gläubiger ein dem Pfändungspfandrechte entsprechendes Recht an der Sicherheit habe, wieder gestrichen, um nicht zu dem argumentum a contr. zu verleiten, daß an anderen Sicherheiten dem Kautionsberechtigten kein solches Pfandrecht zustehe (vgl. a. Prot. z. KO. S. 43 ff. und S. 150). [Hellmann Komm. III S. 76 cf. I S. 345 f. und Volgiano Hdb. S. 193 Note bestreiten das Pfandrecht. H. mit Gründen, die auf reines Mißverständnis hinauslaufen — vgl. jetzt auch Lehrb. S. 850 — V. ohne jede Begründung. Gegen Hellmann Herzog Ztschr. f. d. CPr. VI S. 376.] Ebenso gestaltet sich die Sache nach den Partikularrechten, welche (wie z. B. das pr. ALR. I 20 § 94, das bay. LR. I 6 § 6 II do, das sächs. BGB. § 466) keine strengeren Erfordernisse zur Entstehung eines Faustpfandrechts aufstellen, als das gem. Recht. Stellt das Partikularrecht (wie z. B. C. c. art. 2074, württ. Pfandges. Art. 246) strengere Bedingungen für die Entstehung eines Faustpfandrechtes auf, so ist die Entstehung eines Faustpfandrechtes an der Sicherheitsleistung von der Erfüllung dieser Bedingungen abhängig (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 101). Auch im Konkurs gelten nach EG. z. KO. § 16 die etwaigen strengeren Erfordernisse des Landesrechts.

b) Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld und Wertpapieren seitens des Gläubigers zum Zwecke der Einleitung oder Fortsetzung der Vollstreckung kann vorkommen nach §§ 647, 650, 652 Abs. 1, 657, 668 Abs. 2, 688 Abs. 2 zu Gunsten des Schuldners, nach § 690 Abs. 3 zu Gunsten des Widerspruchsklägers. Auf diese Sicherheit finden die ad a entwickelten Sätze entsprechende Anwendung.

c) Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld- oder Wertpapieren seitens eines dritten kann vorkommen zum Zwecke der Einstellung oder Aufhebung der Vollstreckung nach § 690 Abs. 3. Auf diese Sicherheit finden die ad a entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. Über Auslieferung solcher Kautionen vgl. RG. Entsch. XII Nr. 116 S. 394 ff.

d) Hinterlegung des Schuldbetrags oder des Streitgegenstandes seitens des Schuldners nach § 652 (vgl. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 647). Dieselbe ist nach gem. Recht Zahlung (Leistung) unter der auflösenden Bedingung, daß das vorläufig vollstreckbare

Urteil nicht nachträglich aufgehoben werde. Sobald feststeht, daß die Resolutivbedingung nicht mehr eintreten kann, also mit der Rechtskraft des Urteils, gehört der hinterlegte Betrag und die hinterlegte Sache definitiv dem Gläubiger. Tritt die Resolutivbedingung ein, so gehört Betrag und Sache dem Schuldner. Im Konkurse des Schuldners hat der Gläubiger vor Eintritt der Resolutivbedingung ein Aussonderungsrecht. Für das preuß. Recht vertreten Struckm. Koch N. 6 zu § 709, Wilm. Levy N. 3 zu § 709, im Anschlusse an Präj. d. OTr. v. 26. Nov. 1842 (Präj. Samml. S. 383) und Striethorst Arch. f. Rechtsf. XV S. 209, XXXVIII S. 288, LXXXIII S. 185 unter Berufung auf ALR. I 16 § 160 ff. die gleiche Ansicht. AM. A. Förster N. 10, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 92 N. 28, Hellmann Lehrb. S. 850. Aus der hier vertretenen Ansicht folgt nicht, daß die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der deponierten Sache vom Zeitpunkte der Hinterlegung auf den Gläubiger übergeht, und auch nicht, daß von der Hinterlegung an der Zinsenlauf aufhört. Denn der Gläubiger hat Anspruch auf Aushändigung und der Schuldner muß ihm präſtieren, was er haben würde, wenn der Anspruch z. B. der Klagerhebung befriedigt worden wäre.

e) Hinterlegung des gepfändeten Geldes oder des Erlöses gepfändeter Gegenstände seitens des GV. nach §§ 659, 810, Abs. 2 u. 3, ferner nach §§ 710 Abs. 4, 728 Abs. 3 u. 4, 751 Abs. 2 u. 3. Für den Fall des § 659 bestimmt § 716 und § 720, daß die Wegnahme gepfändeten Geldes und die Empfangnahme des Erlöses durch den GV. nicht als Zahlung gilt. Folglich kann auch das Depositum nicht in das Vermögen des Gläubigers übergehen; das durch die Pfändung entstandene Pfandrecht dauert an dem hinterlegten Geld oder Erlöse fort. Ebenso im Falle des § 810 Abs. 1 und 2; denn für die Arrestvollstreckung gilt Wegnahme des Geldes und Empfangnahme des Erlöses durch den GV. nicht als Zahlung. Dagegen ist für die Fälle der §§ 710 Abs. 4, 728 Abs. 3 u. 4, 751 Abs. 2 u. 3 der Satz, daß Wegnahme des Geldes und Empfangnahme des Erlöses durch den GV. als Zahlung gelte, nicht beseitigt. Folglich gehört in diesen Fällen das Depositum dem Gläubiger, und zwar im Falle des § 710 unter der Resolutivbedingung, daß dem dritten nicht ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zuerkannt werde; in den Fällen der §§ 728 Abs. 2 u. 3, 751 Abs. 1 u. 2 aber nach Maßgabe der, wenn auch bestrittenen, so doch objektiv von Anfang an feststehenden Rangordnung. Vgl. noch Bem. Nr. 4 zu § 728.

Ad a—e: Geht nach der Hinterlegungsordnung das hinterlegte Geld in das Eigentum des Staates über (preuß. Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 § 7), so tritt an Stelle des Pfandrechts an dem hinterlegten Geld ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung; an Stelle des resolutiv bedingten Eigenthums an dem vom Schuldner hinterlegten Gelde erlangt der Gläubiger ein bedingtes Forderungsrecht gegen die Staatskasse.

§ 710.

Der Pfändung einer Sache kann ein dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts nicht widersprechen; er kann jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht.

Die Klage ist bei dem Vollstreckungsgericht und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Vollstreckungsgericht seinen Sitz hat.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Wird der Anspruch glaubhaft gemacht, so hat das Gericht die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen. Die Vorschriften der §§ 688, 689 finden hierbei entsprechende Anwendung.

Mot. S. 425. KPr. S. 374, 571.

1. Aus den Motiven: „Nach der preuß. KO. v. 8. Mai 1855 können diejenigen, welche ein Pfandrecht an beweglichen Sachen haben, der Zwangsvollstreckung in dieselben nicht widersprechen, sind vielmehr nur befugt, ihre Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse, allenfalls im Wege der Klage, geltend zu machen (vgl. a. Bayern Art. 902, 915, preuß. Entw. § 1049). Soweit hierdurch auch solche Gegenstände betroffen werden, welche sich im Besitze des Pfandgläubigers befinden, ist die Vorschrift nicht gerechtfertigt, da der Schuldner selbst nicht einmal thatsächlich in der Lage sein würde, die Gegenstände zu veräußern. Den Anspruch auf Herausgabe kann der die Vollstreckung betreibende Gläubiger nur unter denselben Voraussetzungen und Beschränkungen geltend machen; es greifen die Bestimmungen der §§ 745, 746 Platz. Sollte der Schuldner in fraudem creditorum verpfändet haben, so kann in Frage kommen, ob nach den Vorschriften des materiellen Rechts die Verpfändung angefochten werden kann, allein die Möglichkeit eines fraudulosen, die Gläubiger benachteiligenden Rechtsgeschäfts vermag nicht die Befugnis der Gläubiger zu sofortiger Einlösung der Pfandsache, noch weniger die Befugnis zum sofortigen Verkaufe derselben zu begründen. Soweit sich dagegen der Pfandgläubiger nicht im Besitze befindet — was z. B. bei der Pfandbestellung durch sog. symbolische Besitzübertragung (vgl. Förster preuß. PrR. III § 197, Bundesgesetz v. 21. Juli 1870 § 6) bei der gemeinrechtlichen Hypothek, in handelsrechtlichen Verhältnissen (HGB. Art. 409, 624) vorkommen kann —, fordert die Rücksicht auf den energischen Betrieb der Zwangsvollstreckung, daß das Pfandrecht den Fortgang der Exekution nicht hemmen darf. Der Entw. hat daher in Übereinstimmung mit dem norbd. Entw. § 972 dem nicht besitzenden Pfandgläubiger den Widerspruch gegen die Pfändung versagt und sein dingliches Recht in einen prioritätisch zu befriedigenden Anspruch auf den Erlös verwandelt (vgl. norbd. Prot. IV S. 2016, 2017). Daß ferner dem Pfandrecht das Vorzugsrecht gleichgestellt und im Anschlusse an die bay. PrO. Art. 920 und den preuß. Entw. § 1049 der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Forderung eingeräumt ist, wird keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen."

2. Nach § 690 würde ein Pfand- oder Vorzugsberechtigter auch ohne Besitz Widerspruch gegen die Pfändung erheben können, wenn ihm nach dem materiellen Recht die Befugnis zusteht, die Veräußerung zu hindern. Hier greift § 710 ein; dem Pfand- und Vorzugsberechtigten, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, wird die Befugnis zum Widerspruch gegen die Pfändung — nicht auch zum Widerspruch gegen die Wegnahme nach §§ 769, 770 — beweglicher Sachen abgesprochen, mag auch nach dem materiellen Recht sein Recht als ein die Veräußerung hinderndes erscheinen. Der § 710 bestimmt aber nicht, daß jeder sich im Besitze befindende Pfand- oder Vorzugsberechtigte ein materielles Widerspruchsrecht gegen die Pfändung hat; ob er ein solches hat, ist auf Grund des § 690 zu beurteilen. Die prozessualische, sich aus § 713 ergebende Beschränkung der Pfändungsbefugnis ist eine Sache für sich.

Für die Fälle, in denen ein Pfand- oder Vorzugsberechtigter der Pfändung nicht widersprechen kann, sei es weil ihm schon nach materiellem Recht kein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, sei es weil ihm durch § 710 Satz 1 die Befugnis zum Widerspruch entzogen ist, gewährt der § 710 eine Klage auf vorzugsweise Befriedigung und bestimmt zugleich, daß diese Klage auch bei noch nicht fälliger Forderung zulässig sein soll.

„Im Besitze" befindet sich der Pfandberechtigte, wenn er selbst oder ein dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat. Daß der durch einen anderen als den Schuldner ausgeübte Gewahrsam ebenso unter Besitz zu verstehen ist, wie der von dem Pfandberechtigten selbst ausgeübte, ergiebt die Parallele von EG. z. KO. § 14 Abs. 1; es behält daher z. B. der Pfandgläubiger, welcher die ihm behändigten Wertpapiere bei einer

Bank in Verwahrung giebt, die Befugnis zum Widerspruch gegen die Veräußerung. Gewahrsam ist thatsächliche Gewalt über die Sache. Zur Erlangung des Gewahrsams ist nicht körperliche Berührung, andererseits aber doch die Herstellung eines thatsächlichen Herrschaftsverhältnisses zur Sache nötig. Das Nähere ist aus den materiellrechtlichen Regeln über Besitzerwerb zu entnehmen. Diese Regeln sind jedoch nur insofern maßgebend, als sie, wie dies nach gem. Recht der Fall ist, zum Erwerb des Besitzes die Herstellung eines thatsächlichen Herrschaftsverhältnisses fordern; Besitzerwerb durch sog. symbolische Tradition genügt nicht, um die Anwendung des § 710 auszuschließen [vgl. die oben cit. Mot. AM. Wilm. Levy N. 1]. Dabei ist jedoch zu beachten, daß ältere gemeinrechtliche Schriftsteller [Nachweise s. bei Exner Eigentumserwerb durch Tradition S. 153 ff.] sowie das preuß. Landrecht den Ausdruck „symbolische Tradition" auch auf Thatbestände anwenden, in denen zwar keine körperliche Berührung, wohl aber andere die thatsächliche Gewalt über die Sache herstellende und daher unter den Begriff eigentlicher, nicht symbolischer Tradition gehörige Momente vorliegen, z. B. Bestellung von Aufsehern, Behändigung der Schlüssel zum Verwahrungsort &c.; es ist nicht zu bezweifeln, daß in diesen letzteren Fällen Besitz im Sinne des § 710 gegeben ist. Zweifelhaft ist dagegen, ob „Besitz" im Sinne des § 710 auch dann besteht, wenn dem Pfand- oder Vorzugsberechtigten ein Konossement, Ladeschein, Lagerschein oder ein ähnliches Papier übergeben und derselbe mittels des Papiers in der Lage ist, über den Gegenstand der Verpfändung zu verfügen; vgl. BG. v. 31. Juli 1870 betr. die Gründung öffentlicher Darlehenskassen § 6, HGB. Art. 374 (Pfandrecht des Kommissionärs am Kommissionsgute), Art. 382 (Pfandrecht des Spediteurs am Speditionsgute), preuß. ALR. I 20 349 ff., 367 ff., preuß. AG. z. KO. § 5. Die oben cit. Motive scheinen dagegen zu sprechen, insofern sich § 6 des BG. v. 31. Juli 1870 zur symbolischen Besitzesübergabe citieren. Gleichwohl dürfte man sich für die Subsumtion dieser Fälle unter „Besitz" im Sinne des § 710 entscheiden. Dem § 710 liegt der Gedanke zu Grunde, daß der Pfandgläubiger sich die Pfändung dann gefallen lassen muß, wenn sein Schuldner thatsächlich in der Lage ist, die Pfandsache zu veräußern; im anderen Falle nicht. Nun ist der Schuldner, welcher dem Pfandgläubiger Konossement, Ladeschein, Lagerschein &c. behändigt hat, thatsächlich nicht mehr in der Lage, die Sache zu veräußern; folglich ist seinem Pfandgläubiger die Befugnis zum Widerspruch gegen die Pfändung nicht entzogen. Diesem Ergebnis dient als Stütze, daß in § 710, abweichend von §§ 712, 713, EG. z. KO. § 14, von „Besitz" und nicht von „Gewahrsam" die Rede ist; „Besitz" soll wahrscheinlich auch Fälle ohne „Gewahrsam" mitumfassen. Vgl. a. nordd. Prot. I S. 2016, wo der Ausdruck Besitz in dem dem § 710 entsprechenden § 972 des nordd. Entw. als „Besitz bzw. Gewahrsam" erläutert ist. [Im Resultat ebenso Struckm. Koch N. 2 Abs. 3, Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 263, A. Förster N. 2, RG. 10. März 1883 Entsch. IX Nr. 122 S. 427 ff. AM. v. Sarwey II S. 182, Hellmann Komm. III S. 78 u. Lehrb. S. 852.]

Es werden folglich von § 710 betroffen alle hypothekarischen Rechte an beweglichen körperlichen Sachen. Soweit solche Rechte nach § 709 einen Vorrang vor dem Pfändungspfandrecht behalten (vgl. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 709), können sie gleichwohl nicht zur Begründung einer Widerspruchsklage (§ 690) dienen, sondern nur die Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der gepfändeten Pfandsache begründen. Zu diesen Pfandrechten gehört insbesondere auch das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters an den Illaten des Mieters und das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters an den Früchten des Pachtobjekts. [Über diese Rechte vgl. insbes. Schwarze und Heyne Unters. prakt. wichtiger Rechtsmaterien (1844) S. 125 ff., L. Seuffert Bl. f. RA. XXXV S. 241 ff., Gösch Meckl. Ztschr. III S. 92 ff. und S. 320 ff., Bunsen eod. S. 212 ff., Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXIV S. 327 ff.]

Die Illaten und die Früchte befinden sich, solange nicht der Vermieter oder Verpächter von dem ihm unter bestimmten Voraussetzungen zustehenden Retentions- oder Besitzergreifungsrecht Gebrauch gemacht und die Sachen in seinen Gewahrsam gebracht hat, nicht im Besitze desselben; der Vermieter oder Verpächter kann daher, bevor er die Sachen dem Mieter oder Pächter abgenommen hat, der Pfändung der Illaten und der Früchte nicht widersprechen. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 263, Petersen S. 987, RG. 2. Juli 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 865; vgl. a. Mot. z. Entw. d. KO. S. 210 f. AM. Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXIV S. 327 ff., der zu beweisen sucht, daß der Vermieter oder Verpächter Gewahrsam an den Illaten 2c. habe.] — Betroffen werden die Pfandrechte des Frachtführers und des Verfrachters nach Ablieferung des Gutes (HGB. Art. 406, 624, vgl. KO. § 41 Nr. 8); ferner die Pfandrechte des Bodmereiberechtigten (HGB. Art. 697), des Vergütungsberechtigten bei großer Haverei (HGB. Art. 727), der Gläubiger wegen Bergungs- und Hülfskosten (HGB. Art. 753) und der Schiffsgläubiger (HGB. Art. 757 ff.), soweit diese Pfandrechte sich auf Gegenstände beziehen, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum beweglichen Vermögen gehören. (Kauffahrteischiffe nebst Zubehör gehören nach preuß. Subh.-Ordn. v. 1883 § 1 in Ansehung d. Zwangsvollstr. zum unbewegl. Vermögen, dgl. andere zur Frachtschifffahrt bestimmte Schiffsgefäße im Gebiete des preuß. ALR.) Endlich werden durch § 710 die Fälle betroffen, in denen jemand ein dem § 14 des EG. z. KO. entsprechendes Faustpfandrecht erlangt, nachträglich aber den Besitz der Pfandsache mit oder ohne Willen verloren hat. Es kann sein, daß nach bürgerlichem Recht das Faustpfandrecht trotz dem Besitzesverlust fortdauert; die Befugnis, der Pfändung zu widersprechen, cessiert gleichwohl, wenn der Besitz nicht vor der Pfändung wieder erlangt wurde [vgl. Struckm. Koch N. 2 Abs. 3, Gaupp III S. 263, Dernburg pr. Pr. I § 357 N. 18.]

Durch § 710 werden hypothekarische Rechte an beweglichen Sachen, welche als Früchte oder Pertinenzen unbeweglicher Sachen dem Hypothekenrechte an unbeweglichen Sachen unterliegen, nicht berührt (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 708).

3. Die in § 710 zugelassene Klage auf vorzugsweise Befriedigung setzt voraus, daß der Pfand- oder Vorzugsberechtigte nach materiellem Recht vgl. mit CPrO. § 709 einen Vorrang vor dem Pfändungspfandrecht hat. Der Pfandberechtigte, der hinter dem Pfändungspfandgläubiger zurückstehen muß, kann seinen Anspruch auf den Überschuß verfolgen; aber für diesen Anspruch gelten nicht die Regeln des § 710 Abs. 2—3. — Der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung ist ein minus gegenüber dem Widerspruchsrecht. Folglich kann auch der Pfand- oder Vorzugsberechtigte, welcher sich im Besitze befindet, aber von seinem Widerspruchsrechte keinen Gebrauch machen will, vorzugsweise Befriedigung verlangen [vgl. Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXIV S. 325]; Befriedigung aus dem Erlöse kann ihm lieber sein, als Einstellung der Exekution. Auch dadurch geht der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung nicht verloren, daß der im Besitze befindliche Pfandgläubiger, ohne von seinem Widerspruchsrechte Gebrauch zu machen, die Aufhebung eines Arrestes durch Hinterlegung des Geldbetrags erwirkt, durch dessen Hinterlegung der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des Arrestes berechtigt wird (§ 803); der Pfandgläubiger kann aus dem hinterlegten Betrage vorzugsweise Befriedigung verlangen, weil dieser Betrag an Stelle des Pfandgegenstandes getreten ist [RG. 10. März 1883 Entsch. IX Nr. 122 S. 428 ff.]. — Ist der Erlös aus der gepfändeten Sache aus irgend welchem Grunde hinterlegt worden, so kann der Anspruch auf prioritätische Befriedigung aus dem Erlöse noch durch Klage nach § 710 geltend gemacht werden [vgl. OLG. Celle SA. XXXVIII Nr. 194]. Ob der Anspruch auf prioritätische Befriedigung auch noch nach Auszahlung des Erlöses an den Pfändungsgläubiger erhoben werden kann, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen. Die PrO. steht nicht im Wege.

Aber die Bestimmungen des § 710 sind für diese Klage nicht maßgebend, sondern gelten nur für die vor Beendigung des Zwangsvollstreckungsverfahrens erhobenen Klagen [so auch Wilm. Levy N. 3, RG. 5. Juli 1884 Entsch. XII Nr. 105 S. 372, OLG. Hamburg SA. XXXVIII Nr. 367, OLG. Celle SA. XLIII Nr. 247, OLG. Rostock SA. XLIII Nr. 248]. Ist nach erhobener Klage der Erlös dem Pfändungspfandgläubiger ausbezahlt worden, so muß der Klagantrag in den Antrag auf Herauszahlung umgestellt werden; darin liegt keine Klagänderung (§ 240 Nr. 3).

4. Macht der Pfand- oder Vorzugsberechtigte einen noch nicht fälligen Anspruch, welcher unverzinslich ist, nach § 710 Abs. 1 geltend, so ist das Interusurium abzurechnen (arg. KO. § 58).

5. Zu Abs. 2: Der ausschließliche (§ 707) Gerichtsstand für die in § 710 bezeichnete Klage auf vorzugsweise Befriedigung ist bei dem Gericht, in dessen Bezirk die Vollstreckung stattgefunden hat (§ 684). Sachlich zuständig ist je nach dem Werte des Streitgegenstandes das Amts- oder das Landgericht. Der Wert des Streitgegenstandes ist nach §§ 4—6 zu bemessen. Prorogation von dem Amts- an das Landgericht und umgekehrt ist zulässig. — Der Prozeß gehört vor die Kammer für Handelssachen, wenn der aus dem Rechte des Pfand- oder Vorzugsberechtigten entspringende Anspruch nach GVG. § 101 vor der K. f. HS. geltend zu machen ist.

6. Zu Abs. 3: Bem. Nr. 3 zu § 690 findet entsprechende Anwendung.

7. Wer auf prioritätische Befriedigung aus dem Erlöse klagt oder klagen will, kann nicht die Einstellung der Zwangsvollstreckung oder die Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln begehren; denn er will ja, daß die Pfandsache verwertet wird. Aber schon vor rechtskräftiger Feststellung seines Anspruchs auf prioritätische Befriedigung kann er die Anordnung, daß der Erlös nicht auszuzahlen sondern zu hinterlegen sei, beantragen, wenn er seinen Anspruch glaubhaft macht. Ist letzteres geschehen, so muß jene Anordnung erlassen werden, das Gericht hat nicht Ermessensfreiheit. Die entsprechende Anwendung des § 688 ergiebt, daß der Antrag regelmäßig nach Erhebung der Klage bei dem Prozeßgericht zu stellen ist, daß jedoch in dringenden Fällen das Vollstreckungsgericht sowohl vor wie nach Erhebung der Klage jene Anordnung unter Vorsetzung der in Abs. 2 des § 688 bezeichneten Frist erlassen kann; die Bem. Nr. 2 und Nr. 3 zu § 688 finden hierher entsprechende Anwendung. Aus entsprechender Anwendung des § 689 folgt, daß das Gericht, bei welchem Klage nach § 710 erhoben ist, in Bezug auf Anordnung der Hinterlegung die in § 689 bezeichneten Befugnisse hat; Bem. Nr. 1 und 2 zu § 689 gelten auch hierher.

Die Hinterlegung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher bei der landesgesetzlich bestimmten Hinterlegungsstelle. Über die Rechtsverhältnisse an dem Depositum s. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 35 Abs. 2 (in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881), § 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2.

§ 711.

Hat die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt oder macht dieser glaubhaft, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne, so ist der Schuldner auf Antrag verpflichtet, ein Verzeichnis seines Vermögens vorzulegen, in betreff seiner Forderungen den Grund und die Beweismittel zu bezeichnen, sowie den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er sein Vermögen vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe.

Mot. S. 426. KPr. S. 374, 375, 571.

1. Über die Entwickelung des Offenbarungs(Manifestations)eides s. Wetzell § 28 bei Note 14 ff., § 50 bei Note 19a ff. (S. 637), Renaud §§ 138, 139 und Arch. f. prakt. RW. VIII S. 110 ff., Wach Ztschr. f. RG. VII S. 439 ff., Strippelmann Gerichtseid III S. 348 ff., Chop Arch. f. c. Pr. XL S. 178 ff., E. Gallinger der Offenbarungseid des Schuldners (München 1884); vgl. auch preuß. AGO. I 22 § 28 ff., Verordn. v. 4. März 1834 § 11. Den Offenbarungseid der CPrO. behandeln dogmatisch Krech Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 218 ff., Francke der Offenbarungseid nach Reichsrecht (Berlin 1885), vgl. auch Bunsen Meckl. Ztschr. II S. 321—327 u. Zwangsvollstr. S. 38 ff., Falkmann Zwangsvollstr. S. 316 ff.

2. Die in § 711 ausgesprochene Verpflichtung des Schuldners zur Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses ist keine materiellrechtliche, sondern eine prozessualische. Um der Durchführung der Zwangsvollstreckung willen wird dem Schuldner die Pflicht auferlegt, sein Vermögen anzuzeigen und, da nur die wahrheitsgetreue Anzeige für den Gläubiger von Wert ist, das Verzeichnis mit seinem Eide zu bekräftigen. [Ähnlich Krech a. a. O. S. 223 f., Francke a. a. O. S. 23 f.] Die Verpflichtung ist eine einheitliche; der Gläubiger kann ebensowenig das Vermögensverzeichnis ohne Offenbarungseid, als den Offenbarungseid ohne das Vermögensverzeichnis verlangen; vielmehr muß der Antrag auf Vermögensverzeichnis und eidliche Bekräftigung desselben einheitlich gestellt werden. Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Schuldners zur Vorlegung des Vermögensverzeichnisses und Eidesleistung. Im preuß. Entw. war durch die Aufeinanderfolge der §§ 1109, 1110 ersichtlich, daß das Verfahren mit der Ladung zur Erzwingung der Vermögensangabe und des Eides beginnt. Auch im nordd. Entw. steht der dem § 711 der CPrO. entsprechende § 1033 unmittelbar vor der jetzt in § 781 enthaltenen Bestimmung (nordd. Entw. § 1034 Abs. 1), während im § 1034 Abs. 2 von der Ladung die Rede ist. Im Entw. I und in den folgenden Entwürfen ist die Verpflichtung zur Vermögensangabe und zur Eidesleistung in den allgemeinen Bestimmungen über Mobiliarexekution ausgesprochen, wie im Gesetze. Dies ist durch die Verschiebung des vom Offenbarungseid handelnden Abschnittes veranlaßt; dieser bildet seit dem Entw. I den Schluß der Zwangsvollstreckung, während er früher nach dem Abschnitt „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen" stand. Durch diese Verschiebung ist keine sachliche Änderung bewirkt. Daß in den §§ 780—782 nur vom Offenbarungseide die Rede ist, darf nicht entgegen gehalten werden; denn die Pflicht zur Inventarisation konnte in § 780 nicht erwähnt werden, weil sich dieser § auch auf den Fall des § 769 bezieht. Daß ein besonderer Antrag auf Inventarserrichtung nicht zuläßig ist, ergiebt ferner der Mangel aller Vorschriften über das bei solchem Antrag zu beobachtende Verfahren und über die Zuständigkeit. Es ist nirgends bestimmt, daß ein Beschluß über einen solchen Antrag zur Grundlage einer Vollstreckung nach § 774 bilden könne. Über die Zuständigkeit ist auch nichts gesagt, denn § 780 wäre für den bloßen Antrag auf Inventar nicht anwendbar; die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts (§ 684 Abs. 2) aber paßt nicht. Endlich wäre das Verlangen der Vermögensangabe ohne gleichzeitiges Verlangen des Offenbarungseides ohne jede praktische Bedeutung. [Zustimmend Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 4, Gaupp III S. 268, Petersen S. 990, Krech a. a. O. S. 226, Francke a. a. O. S. 24 ff., Falkmann S. 319. AM. Endemann III S. 213, Bunsen Meckl. Ztschr. II S. 321 ff., welcher aber in seiner jüngern Schrift Zwangsvollstreckung S. 40 f. sich zu der herrschenden Lehre bekennt.]

3. Die Verpflichtung des Schuldners zur Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses und zu dessen eidlicher Bekräftigung tritt ein: a) wenn die Vollstreckung in das bewegliche Ver-

mögen des Schuldners vergeblich versucht oder ohne vollständige Befriedigung des Gläubigers durchgeführt wurde; b) wenn glaubhaft gemacht wird (§ 266), daß die noch nicht durchgeführte Vollstreckung in das bewegliche Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht. Daß unbewegliches Vermögen vorhanden ist, hebt die Verpflichtung zur Leistung des OE. nicht auf. Nur ein mit Vollstreckungstitel versehener Gläubiger kann den OE. verlangen. Jeder Vollstreckungstitel auf Geldforderung genügt, mit Ausnahme des Arrestes; denn der Arrest bezweckt nicht, Exekutionsobjekte herbeizuschaffen, sondern die greifbaren zu sichern. [Vgl. Wilm. Levy N. 2 zu § 808, Endemann III S. 178, Merkel Arrest S. 168, Wallm. D. JZ. VIII S. 106. AM. Francke a. a. O. S. 4 ff., A. Förster N. 3 zu § 808.]

4. In das Vermögensverzeichnis sind alle Bestandteile des Aktivvermögens, auch die nach §§ 715, 749 von der Vollstreckung befreiten, sowie das unbewegliche Vermögen aufzunehmen. Der Schuldner muß die einzelnen Vermögensstücke so bestimmt bezeichnen, daß die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung möglich ist. Dies führt zu der im Gesetz ausdrücklich ausgesprochenen Pflicht, Grund und Beweismittel der im Inventarium aufgeführten Forderungen anzugeben; der Gläubiger soll beurteilen können, ob er Exekutionsanträge bezüglich der Forderungen mit Nutzen stellen kann (Mot. S. 426). Der Schuldner kann den Gläubiger nicht mit der Erklärung abspeisen, er besitze nichts. Ein ordnungsmäßiges Vermögensverzeichnis ist die Vorbedingung zum Offenbarungseid. Das Gericht darf den Schuldner nicht zum Eide zulassen, ohne daß ein Verzeichnis vorliegt. Legt derselbe kein oder kein ordnungsmäßiges Vermögensverzeichnis vor, so treten die Folgen der Weigerung des Eides (§ 782) ein — man kann nicht ein Verzeichnis eidlich bekräftigen, welches nicht existiert. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 4, Gaupp III S. 269, Petersen S. 1087, Krech a. a. O. S. 227 f.]

5. Die Norm des Offenbarungseides ist rein assertorisch. Ein Versprechen der Anzeige von nachträglich ermittelten Vermögensstücken sowie die Verneinung fraudulöser Veräußerung ist nicht aufgenommen (Mot. S. 426). [Vgl. Entsch. d. RG. in Strafs. VI S. 207.] Die Norm deckt auch die Verpflichtung zur Bezeichnung des Grundes und der Beweismittel der Forderungen.

Verletzung der Eidespflicht fällt unter StGB. § 153, wenn fahrlässig unter StGB. § 163 (StGB. § 162 ist nicht auf den Manifestationseid des § 711 anwendbar, weil dieser nicht promissorisch ist).

6. Für den nicht prozeßfähigen Schuldner hat dessen gesetzlicher Vertreter das Verzeichnis vorzulegen und den Eid zu leisten. Entsprechende Anwendung des § 435 Abs. 2 ist nicht vorgesehen und paßt auch nicht [Francke S. 35. AM. Krech S. 222].

7. Wegen des Verfahrens s. §§ 780—784.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 712.

Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt.

Im Gewahrsam des Schuldners sind die Sachen nur, wenn der Gläubiger einwilligt oder wenn ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, zu belassen. In demselben Falle ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist.

Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner von der geschehenen Pfändung in Kenntnis zu setzen.

Mot. S. 426, 427. KPr. S. 384, 571.

1. Die Motive bemerken: „Die mit der Pfändung nach § 709 eintretende Wirkung muß auf die Form der Ausführung derselben zurückwirken. Zur Begründung eines dem Faustpfande gleichstehenden Pfandrechts kann eine bloße Beschlagnahme der zu pfändenden körperlichen Sachen bei dem Schuldner ebensowenig ausreichen, wie die Bestellung eines Hüters, wenn nicht zugleich in dem natürlichen Verhältnisse des Schuldners zur Sache eine Veränderung eintritt. Wie zur Erwerbung des vertragsmäßigen Faustpfandrechts die Übergabe, so muß hier die Besitznahme als Erfordernis festgehalten werden. Die Mitteilung von dem Akte an den Schuldner ist für den Akt selbst, welcher für sich allein jede weitere Verfügung des Schuldners ausschließt, nebensächlich und nur durch die Rücksicht auf den Schuldner geboten. — Die Belassung der Gegenstände in dem Gewahrsam des Schuldners kann dabei nicht unbedingt ausgeschlossen werden. Erfordernis der Wirkung ist aber auch dann, daß zunächst die Besitznahme erfolgt, und außerdem, daß dieselbe rechtlich charakterisiert, die Pfändung ersichtlich gemacht wird. Der bloße Wille des Schuldners, die Gegenstände als gepfändete und von dem Gerichtsvollzieher besessene in seinem Gewahrsam zu haben, kann weder die körperliche Besitzergreifung noch die Fortdauer des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes ersetzen. Die Aufhebung der Erkennbarkeit würde der Aufhebung des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes gleichstehen. Das Anlegen der Siegel ist ein allgemein anerkanntes Zeichen der Pfändung (StGB. § 136); andere Maßnahmen sind, wenn sie den Zweck erfüllen, nicht ausgeschlossen.

Die weiteren Vorschriften darüber, in welcher Weise der Gerichtsvollzieher mit den gepfändeten Gegenständen bis zu deren Verkauf zu verfahren hat, bleiben der Instruktion für den Gerichtsvollzieher vorbehalten."

Vgl. preuß. GVO. § 33 und GA. f. GV. §§ 66, 68, 71.

Die Worte „In demselben Fall" beziehen sich auf die beiden voranstehenden Alternativen. Ist die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners belassenen Gegenstände nicht ersichtlich gemacht, so ist sie ungültig. [Vgl. RG. 3. März 1883 SA. XXXVIII Nr. 286. Die Richtigkeit der in Entsch. d. RG. i. StrS. II Nr. 93, V Nr. 10 vertretenen Ansicht, daß Unterlassung des Ersichtlichmachens den Thatbestand des StGB. § 137 nicht ausschließe, mag hier dahingestellt bleiben, da das RG. annimmt, daß ein Pfändungspfandrecht nicht zustande komme.]

Über Pfändung von Vieh vgl. OLG. Dresden in Ztschr. f. d. CPr. VI S. 518. Wird dem Schuldner die Fütterung und Wartung aufgetragen, so ist keine gültige Pfändung vorgenommen. Anlegung eines Siegels an die offen bleibende Stallthür bedeutet gar nichts. Auch — in dem Falle, daß die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen werden, findet durch das Ersichtlichmachen eine eigentliche — nicht etwa bloß eine symbolische — Besitzergreifung seitens des GV. statt. Signieren ist sowohl nach röm. [vgl. Kohler Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XII S. 1 ff.] wie nach deutschem Recht [vgl. Homeyer Haus- und Hofmarken S. 330] ein den Übergang des Besitzes bewirkender Akt. Das Pfandrecht, welches durch eine dem Abs. 2 des § 702 entsprechende Pfändung entsteht, ist also prinzipiell nicht von dem Pfandrecht bei Pfändung durch Wegnahme verschieden [vgl. Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 115; AM. Bunsen Zwangsvollstreckung S. 152].

2. Auch bei der Pfändung tritt die Doppelstellung des GV. als Beamter und Beauftragter der Partei (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 674) hervor. Als Beamter hat er Befugnisse zum Zugriff in fremdes Eigentum, welche der Partei nicht zustehen; als Beauftragter der Partei erwirbt er den Besitz am Pfande für die vollstreckende Partei. [AM. die in Bem. Nr. 1 zu § 674 angeführten Schriftsteller, welche ein Auftragsverhältnis zw. der Partei und dem GV. in Abrede stellen; ferner Voß Arch. f. c. Pr. LXVI S. 173 ff., Bunsen Zwangsvoll-

streckung S. 151; vgl. a. Rudolph Jahrb. f. Dogm. XX S. 382 f.] Es stehen also der Partei die zum Schutze des Pfandrechts und des Pfandbesitzes gewährten Klagen zu. Werden die gepfändeten Gegenstände dem Besitze des Gläubigers entzogen, so kann er mittels a. pignoraticia, nach Umständen auch mittels interdictum unde vi den Besitz reklamieren; gegen Störungen im Besitze steht ihm das interdictum utrubi zu; er hat bei Entwendung der Pfandsache die a. furti, bei Beschädigung die a. legis Aquiliae.

3. Über Beendigung des Pfändungspfandrechts enthält die CPrO. außer den allgemeinen Vorschriften über Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln (§ 692) keine Bestimmungen. Es sind daher die Regeln des materiellen Rechts anwendbar. Das Pfandrecht erlischt hiernach durch Verzicht des Gläubigers, durch Untergang der Pfandsache, durch Verjährung, durch Konfusion, durch Untergang der Forderung, für welche gepfändet worden ist, sowie durch Verkauf der Pfandsache (vgl. jedoch § 718 Abs. 3). Weil das Pfändungspfandrecht auf Besitzergreifung beruht, erlischt es ferner, wenn der Gläubiger oder dessen Beauftragter, der Gerichtsvollzieher, den Besitz freiwillig aufgiebt. Besitzesaufgabe liegt vor, wenn die ursprünglich durch den GV. weggenommene Pfandsache dem Schuldner zum Gewahrsam überlassen wird, ohne daß die Pfändung nach § 712 Abs. 2 ersichtlich gemacht wird; desgleichen, wenn von einer nach § 712 Abs. 2 gepfändeten Sache die Zeichen, welche die Pfändung ersichtlich machen, von dem Gläubiger oder GV. oder mit Zustimmung derselben entfernt werden. In solchen Handlungen kann sich der Wille, auf das Pfandrecht zu verzichten, äußern; aber auch ohne daß dieser Wille vorhanden ist, und selbst dann, wenn dabei erklärt wird, daß der Gläubiger sich seine durch die Pfändung erworbenen Rechte vorbehalte, erlischt das Pfandrecht durch Aufgeben des durch die Pfändung hergestellten Zustandes. Dagegen erlischt das Pfändungspfandrecht nicht dadurch, daß die Sache ohne Zustimmung des Gläubigers oder GV. dem GV. oder, wenn die Sache nach § 712 Abs. 2 gepfändet ist, dem Schuldner weggenommen wird, und ebensowenig dadurch, daß die die Pfändung ersichtlich machenden Zeichen seitens des Schuldners oder eines dritten zerstört oder durch irgend welche Ereignisse, z. B. Abfallen der Siegel, beseitigt werden. Der Pfandgläubiger kann in diesen Fällen durch die ihm zustehenden Rechtsmittel — actio pignoraticia, Interdikte — sein Pfandrecht auch gegen den Drittbesitzer geltend machen, soweit nicht Bestimmungen über Erwerb beweglicher Sachen oder über den Erwerb im guten Glauben entgegenstehen. [Vgl. Mandry der civilrechtl. Inhalt rc. 3. Aufl. S. 346, Falkmann Zwangsvollstr. S. 180, OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 274, OLG. Kiel SA. XLIII Nr. 74. AM. bezüglich des unfreiwilligen Besitzesverlustes Dernburg pr. PrR. I § 364a bei N. 13, OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. XI S. 317.]

4. Das Pfändungspfandrecht kann mit der Forderung übertragen werden.

5. Pfändung eines ideellen Anteils an einer Sache kann nicht nach § 712 sondern nur nach § 754 erfolgen. [Vgl. OLG. Kiel SA. XXXIX Nr. 72.]

§ 713.

Die vorstehenden Bestimmungen finden entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Sachen, welche sich im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten dritten befinden.

Mot. S. 426, 427. KPr. S. 384, 571.

1. Sachen des Schuldners, welche sich im Gewahrsam (Detention) des Gläubigers befinden, können nach § 712 gepfändet werden. Werden die Sachen im Gewahrsam des Gläubigers belassen, so muß die Pfändung nach § 712 Abs. 2 ersichtlich gemacht werden.

2. Sachen des Schuldners, welche sich im Gewahrsam (Detention) eines dritten befinden, dürfen nur gepfändet werden, wenn der dritte zur Herausgabe bereit ist. Der Gläubiger

kann den GV. zur Pfändung nach § 713 beauftragen, ohne sich vorher von der Bereitwilligkeit des dritten zur Herausgabe überzeugt zu haben. Stößt der GV. auf Widerspruch, so ist dies zu protokollieren (vgl. auch preuß. GA. f. GV. § 72). Ist der dritte zur Herausgabe bereit, so erfolgt die Pfändung nach § 712. Unter den Voraussetzungen des § 712 Abs. 2 können die Sachen im Gewahrsam des dritten belassen werden; dann muß die Pfändung ersichtlich gemacht werden. — Mit der Gestattung der Pfändung seitens des Inhabers kann ein Verzicht auf ein demselben zustehendes Pfand- oder Vorzugsrecht verbunden sein; keineswegs muß darin stets ein Verzicht gelegen sein. Liegt kein Verzicht vor, so kann der dritte, wenn ihm ein Widerspruchsrecht nach § 690 oder ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung nach § 710 zusteht, diese Rechte noch geltend machen, nachdem er die Pfändung gestattet hat (vgl. Bem. Nr. 2 litt. c zu § 690 und Bem. Nr. 3 zu § 710).

Ist der dritte nicht zur Herausgabe bereit, so soll der GV. die Pfändung nicht vollziehen. Pfändet er trotz Widerspruchs, so kann der dritte Einwendungen nach § 685 bei dem Vollstr.-Ger. erheben; er kann aber auch, wenn die Voraussetzungen des § 690 oder des § 710 vorliegen, Widerspruchsklage oder Klage auf vorzugsweise Befriedigung erheben (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 685). Die Respektierung der Detention kommt auch dem Besitzer im bösen Glauben sowie demjenigen zugut, an welchem der Schuldner die Sache in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, pfandweise oder sonstwie begeben hat. Die Sache muß dem Inhaber erst wieder abgestritten werden, ehe sie gepfändet werden kann.

Auch Sachen, welche sich im gemeinsamen Gewahrsam des Schuldners und eines nicht zur Herausgabe bereiten dritten befinden, dürfen nicht gepfändet werden. [Vgl. Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 105, OLG. Jena SA. XL Nr. 79.]

3. In den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der im Gewahrsam eines dritten befindlichen Sachen erfolgt die Zwangsvollstreckung nach § 745 ff.

4. Die Beschränkungen, welche HGB. Art. 446 bezüglich der Beschlagnahme von Gütern an Bord eines segelfertigen Schiffes aufstellt, bleiben nach EG. § 13 Abs. 1 in Geltung.

§ 714.

Früchte können, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet werden. Die Pfändung darf nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgen.

Mot. S. 430, 431. KPr. S. 384–387, 571.

1. Die Pfändung von fructus pendentes (Pfändung von Früchten auf dem Halme, die saise-brandon des c. de proc. art. 626 ff.) ist durch § 714 auch für Rechtsgebiete, in denen dieselbe bisher nicht zulässig war, eingeführt [vgl. KPr. S. 386, Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 311]. Im gemeinen Recht war die Zulässigkeit dieser Pfändung bestritten. [Irrtümlich behaupten Endemann III S. 218 N. 1 und Gaupp III S. 273, dieselbe sei durch RPO. v. 1577 verboten.] Nach römischrechtlicher Anschauung sind fructus pendentes Bestandteile der fruchttragenden Sache, nicht selbständige Sachen; sie können daher nur mit dem Grundstück Gegenstand einer Verpfändung oder Zwangsvollstreckung sein. Daß die römischrechtliche Anschauung durch deutsches Gewohnheitsrecht verdrängt worden sei, wurde behauptet [Litt. s. bei Windscheid 5. Aufl. I § 233 N. 5a], ist aber nicht nachgewiesen. Die CPrO. bricht mit der römischrechtlichen Auffassung und behandelt die Früchte trotz ihrer Verbindung mit der Immobilie in betreff der Exekution als selbständige bewegliche Sachen, schließt aber nicht aus, daß die Früchte mit dem Grundstück der Immobiliarexekution unterliegen. Näheres hierüber s. Bem. Nr. 1 zu § 708.

Landesgesetzliche Bestimmungen über die Rechte der Hypothek- oder Grundschuldgläubiger auf die Früchte der verpfändeten Sache werden durch § 714 nicht berührt. Vgl. dazu Bem. Nr. 1 zu § 708.

2. Die Pfändung von fructus pendentes ist nicht möglich, wenn sich die fructus pendentes im Gewahrsam eines nicht zur Herausgabe bereiten dritten befinden. Daher dürfen z. B. in einer gegen den Eigentümer gerichteten Vollstreckung Früchte auf verpachteten, in der Detention des Pächters befindlichen Gütern nicht gegen dessen Willen gepfändet werden [vgl. RG. 18. März 1887 Entsch. XVIII Nr. 18 S. 368]. Dagegen kann der Käufer von Früchten, welche noch nicht vom Boden getrennt sind, die Pfändung nicht hindern und nicht Widerspruchsklage nach § 690 erheben, da er nicht Detentor ist [RG. a. a. O. S. 366 ff.]. — Andererseits ist die Pfändung von fructus pendentes nicht bloß gegen den Eigentümer des Grundstücks, sondern auch gegen jeden anderen Bezugsberechtigten zulässig, wenn dieser der Schuldner ist, also z. B. gegen den Pächter oder Nießbraucher. [So auch Struckm. Koch N. 6 zu § 714, Wilm. Levy N. 1 zu § 714, Gaupp III S. 275, Petersen S. 994, Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 211 f. AM. v. Sarwey II S. 191.]

3. Das Pfandrecht an den fructus pendentes entsteht durch Besitzergreifung mittels Ersichtlichmachung, z. B. durch Anbringung von Tafeln, Plakaten, Pfählen ꝛc. Näheres bestimmen die Geschäftsanweisungen (vgl. preuß. GA. f. GV. § 83 Abs. 2 u. 3).

4. Die Pfändung darf nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Reifezeit geschehen (vgl. Pr. GA. f. GV. § 83 Abs. 4). Die verfrühte Pfändung ist aufzuheben, wenn der Schuldner Einwendungen nach § 685 geltend macht; aber nichtig ist sie nicht. [So auch Struckm. Koch N. 4 zu § 714, Wilm. Levy N. 2 zu § 714, Gaupp III S. 277, Endemann III S. 120. AM. v. Sarwey II S. 192; vgl. a. bayer. o. LG. SA. XXXIX Nr. 275, wonach die verfrühte Pfändung noch im Teilungsverfahren seitens eines beteiligten Gläubigers anfechtbar sein soll.]

5. Unter Früchten im Sinne des § 714 ist Holz nicht zu verstehen; dies folgt schon daraus, daß bei Holz nicht von einer Reifezeit die Rede sein kann. [Vgl. Entsch. d. RG. in StrS. II S. 696, III S. 174.] Ungeschlagenes Holz kann also nur nach den Regeln der Immobiliarexekution beschlagnahmt werden. Holznutzungsrechte können nach § 754 gepfändet werden.

6. Wegen der Aberntung und des Verkaufs der Früchte s. § 725.

§ 715.

Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen:

1) die Kleidungsstücke, die Betten, das Haus- und Küchengerät, insbesondere die Heiz- und Kochöfen, soweit diese Gegenstände für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlich sind;
2) die für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf zwei Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel;
3) eine Milchkuh oder nach der Wahl des Schuldners statt einer solchen zwei Ziegen oder zwei Schafe nebst dem zum Unterhalt und zur Streu für dieselben auf zwei Wochen erforderlichen Futter und Stroh, sofern die bezeichneten Tiere für die Ernährung des Schuldners, seiner Familie und seines Gesindes unentbehrlich sind;
4) bei Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern, sowie bei

Hebammen die zur persönlichen Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände;

5) bei Personen, welche Landwirtschaft betreiben, das zum Wirtschaftsbetriebe unentbehrliche Gerät, Vieh- und Feldinventarium nebst dem nötigen Dünger, sowie die landwirtschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirtschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind;

6) bei Offizieren, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen, Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten, Rechtsanwälten, Notaren und Ärzten die zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufs erforderlichen Gegenstände, sowie anständige Kleidung;

7) bei Offizieren, Militärärzten, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten ein Geldbetrag, welcher dem der Pfändung nicht unterworfenen Teile des Diensteinkommens oder der Pension für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Termine der Gehalts- oder Pensionszahlung gleichkommt;

8) die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren;

9) Orden und Ehrenzeichen;

10) die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie in der Kirche oder Schule bestimmt sind.

Mot. S. 427, 428. KPr. S. 387–391, 571, 716–718.

1. a) Die Beschränkungen der Pfändung in § 715 und § 749 sind nicht bloß aus Billigkeitsrücksichten für den Schuldner, sondern auch im öffentlichen Interesse aufgestellt. In den Fällen der Nr. 6—9 liegt das öffentliche Interesse klar zu Tage; aber auch in den Fällen der Nr. 1—5 und 10 ist es vorhanden, der Staat bietet nicht die Hand zur Zerstörung des Nahrungsstandes des Schuldners, weil der Allgemeinheit durch die Zerstörung Gefahr droht. § 715 enthält daher (wie auch § 749) absolutes Recht; der Schuldner kann auf keine der Pfändungsbeschränkungen rechtswirksam verzichten, er kann dieselben auch durch Vertrag nicht ausschließen (norbd. Prot. IV S. 2023) [vgl. auch Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 459 ff.]. Das „unentbehrlich-sein" (Nr. 1, 3—5, 8), „erforderlich-sein" (Nr. 2, 6) ist jedoch eine sehr relative Eigenschaft. Bezeichnet der Schuldner selbst einen Gegenstand, welcher als eine der in Nr. 1—6, 8 eximierten Sachen in Frage kommen könnte, als „entbehrlich" oder „nicht erforderlich" — was übrigens aus dem bloßen Unterlassen eines Widerspruchs gegen den Pfändungsversuch noch nicht zu folgern ist — so muß der Gerichtsvollzieher den betr. Gegenstand pfänden. Thatsächlich kann also der Schuldner die Nichtanwendung des § 715 herbeiführen. Darin liegt jedoch so wenig ein bindender Verzicht auf die Exemptionen des § 715, daß der Schuldner dadurch nicht einmal gehindert wäre, Einwendungen im Wege des § 685 geltend zu machen [vgl. Hellmann Lehrb. S. 862]. Freilich kann das Gericht bei Würdigung der Frage, ob der gepfändete Gegenstand zu den eximierten gehöre, die eigene Erklärung des Schuldners gegen ihn verwerten; immerhin könnte das Gericht die Erklärung für eine irrtümliche erachten und die Pfändung aufheben. Daraus, daß der Schuldner die eximierten Sachen veräußern und zum Faustpfand geben könnte, folgt nicht, daß dieselben mit seiner Zustimmung auch pfändbar sind. Der Staat bietet eben nicht Hand dazu, daß seine Beamten den Schuldner bis aufs Hemd ausziehen, wenn er auch nicht verhindern kann, daß der Schuldner dies mit eigenen Händen thue. [In der JR. d. RL.,

KPr. S. 716 bis 718, wurde speziell in Bezug auf Nr. 5 behauptet, daß bei Einwilligung des Schuldners die Pfändung erfolgen dürfe. Wollte damit, wie es scheint, mehr behauptet werden, als daß der Schuldner thatsächlich die Pfändung herbeiführen könne, so wäre die Behauptung unrichtig. Vgl. Hellmann S. Lehrb. 862, Falkmann Zwangsvollstr. S. 199, Cretschmar a. a. O. Abweichende Ansichten: Gaupp II S. 279 erachtet Verzicht auf alle Exemptionen für wirksam; Endemann III S. 224 hält die Pfändung für zulässig, so lange nicht Widerspruch erfolgt; Petersen S. 998 läßt Verzicht auf die Exemptionen Nr. 1—8, 10 zu, aber nicht durch Vertrag; Wilm. Levy N. 1 lassen Verzicht auf die Beschränkungen der Nr. 1—5, 10 zu; A. Förster auf die Exemptionen Nr. 1—6, 8—10, aber nicht durch Vertrag. Zwischen den beiden Extremen ist kein Halt; entweder muß Verzicht allgemein, dann aber auch durch Vertrag zulässig — oder überall rechtsunwirksam sein.]

b) Der Schuldner kann wegen Verletzung der Vorschriften des § 715 Einwendungen nach § 685 erheben [vgl. RG. 10. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 71 S. 320], aber der GV. darf Sachen, welche er einmal gepfändet hat, nicht mit Rücksicht auf deren Unentbehrlichkeit ohne Zustimmung des Gläubigers freigeben [RG. 9. Mai 1887 Entsch. XVIII Nr. 87 S. 392]. Das Pfandrecht, welches durch Pfändung eximierter Sachen entsteht, ist zwar als ungültig zu erklären, sobald der Schuldner dagegen reagiert; aber doch erst, wenn dies geschieht [vgl. Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 123]. Auf demselben Wege (§ 685) kann der Gläubiger die Entscheidung des Gerichts veranlassen, wenn er glaubt, daß der GV. in irriger Anwendung des § 715 die Pfändung unterlassen habe.

c) Die Beschränkungen des § 715 finden gegenüber allen Arten von Forderungen Anwendung. Den in § 749 Abs. 4 bezeichneten Alimentenforderungen gegenüber ist arg. § 715 Nr. 7 ad vv. „dem der Pfändung nicht unterworfenen Teile" kein Geldbetrag der Pfändung entzogen. — § 715 hat keinen Bezug auf Konventional- und gesetzliche Pfandrechte. Die in § 715 von der Pfändung eximierten Sachen können also Gegenstand solcher Pfandrechte sein; aber im Wege gerichtlicher Zwangsvollstreckung kann auch ein solches Pfandrecht an diesen Sachen nicht realisiert werden. [Vgl. Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXVI S. 445, RG. 20. Aug. 1887 Entsch. XVIII Nr. 100 S. 429 ff.] Durch bay. Ges. v. 18. Dez. 1887 (G.- u. VBl. S. 295) Art. 1 sind die in § 715 Nr. 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10 bezeichneten Sachen dem gesetzlichen Pfand- und Retentionsrechte des Vermieters entzogen.

2. Zu Nr. 1 und 2: „Familie" sind die mit dem Schuldner thatsächlich in Familiengemeinschaft lebenden Angehörigen (vgl. C. de proc. art. 592 Nr. 2), auch nichtverwandte. — „Gesinde" — die zu häuslichen und wirtschaftlichen Zwecken gemieteten, in der Familie lebenden Dienstboten, nicht Taglöhner, Gesellen, Lehrjungen, Handlungsgehülfen, Hauslehrer rc.

3. Zu Nr. 4: Künstler sind Personen, welche eine Kunst zum Erwerbe ausüben, natürlich auch Musiker [vgl. OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 73 und XLI Nr. 316] und Schauspieler. — Nur die zur persönlichen Ausübung des Berufs, nicht auch die für Gehülfen rc. erforderlichen Gegenstände, aber nicht bloß eigentliche Werkzeuge, sondern auch sonstige unentbehrliche Gegenstände, z. B. die Garderobe der Schauspielerin, das Instrument des Musikers, sind unpfändbar. (KPr. S. 388.). Der Umstand, daß der Künstler, Handwerker rc. die Kunst, das Gewerbe rc. zeitweilig nicht betreibt, beseitigt die Exemption noch nicht. [Vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 521.]

4. Zu Nr. 5: Die Motive bemerken: „Die aufgestellte Beschränkung ist nicht eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung überhaupt, sondern nur eine Beschränkung der Pfändung beweglicher Sachen; als Zubehör des Grundstücks unterliegen die fraglichen Gegenstände mit diesem der Zwangsvollstreckung. Die Vorschrift der Nr. 5 ist auch anwendbar

auf die Pfändung von fructus pendentes (§ 714), soweit diese zur Fortsetzung der Wirtschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind."

Die Beschränkung kommt nicht bloß demjenigen, der auf eigenem Grund und Boden die Landwirtschaft betreibt, sondern auch dem Pächter zugut.

Im Konkurse gilt die Beschränkung der Nr. 5 nicht (KO. § 1 Abs. 3).

5. Zu Nr. 6: „Offizieren" s. Anl. A Nr. I z. MStGB. v. 20. Juni 1872, Bem. Nr. 2 zu CPrO. § 343. — „Beamten" s. StGB. § 359 und Bem. Nr. 2 zu CPrO. § 341. — „Geistlichen" — s. StGB. §§ 130a, 174 Nr. 1, 182 Nr. 2. — „Rechtsanwälten" — s. RAO. §§ 20, 24. — Aus den Worten: „zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufs" folgt, daß sich Nr. 6 nur auf aktive Offiziere, Beamte 2c. 2c. bezieht. Zu den nach Nr. 5 eximierten Gegenständen können auch Bücher gehören (Mot. S. 428).

6. Zu Nr. 7: Vgl. Bem. Nr. 5, dann § 749 Nr. 8, Abs. 2 und 4.

7. Zu Nr. 8: Im Konkurse gilt diese Beschränkung nicht (KO. § 1 Abs. 3).

8. Zu Nr. 9: Nur die Originale, nicht Doubletten und Miniaturorden sind eximiert.

9. Von der Pfändung ausgenommen sind nach RG. über das Postwesen v. 28. Okt. 1871 § 20 das Inventarium der Posthaltereien (vgl. jedoch KO. § 1 Abs. 3), ferner nach RG. v. 3. Mai 1886 (RGBl. S. 131) die Fahrbetriebsmittel der Eisenbahnen, welche Güter oder Personen im öffentlichen Verkehr befördern, von der ersten Einstellung in den Betrieb bis zur endgültigen Ausscheidung aus den Beständen; Fahrbetriebsmittel ausländischer Eisenbahnen, soweit die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Nach Erkl. d. Reichsk. v. 17. März 1887 (RGBl. S. 153) ist in Österreich-Ungarn die Gegenseitigkeit verbürgt. — Handelsbücher sind nicht Gegenstand der Pfändung wegen HGB. Art. 33. — Auch Manuskripte, deren Wert in der Ausübung des Urheberrechts zur Erscheinung kommt (im Gegensatz zu Autographensammlungen, alten Handschriften u. dgl.), sind nicht pfändbar (nordd. Prot. S. 2022). Wegen Pfändung der Urheberrechte s. § 754. — Wegen Mangels eines Verkaufswerts sind Urkunden mit Ausnahme von Wertpapieren (s. § 722 ff.), Wechseln und anderen indossablen Papieren (§ 732) von der Pfändung ausgeschlossen.

§ 716.

Die gepfändeten Sachen sind von dem Gerichtsvollzieher öffentlich zu versteigern. Kostbarkeiten sind vor der Versteigerung durch einen Sachverständigen abzuschätzen.

Gepfändetes Geld ist dem Gläubiger abzuliefern. Die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von seiten des Schuldners, sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden.

Mot. S. 429. KPr. S. 368—370, 391, 392, 571.

1. Die CPrO. entscheidet nicht, ob der Gerichtsvollzieher bei der Veräußerung namens des Gläubigers oder des Schuldners handle (Mot. S. 429). Die Frage ist daher nach dem materiellen Recht zu beantworten. Vom Standpunkte des gem. Rechts ist die Antwort keine sichere. Nur das ist zweifellos, daß der Gläubiger, abgesehen von den Fällen der wissentlichen Veräußerung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache und der ausdrücklichen Haftungsübernahme, dem Erwerber nicht für Eviktion haftet (l. 11 § 16 D. de a. e. v. 19, 1; l. 10 D. de distr. pign. 20, 5; l. 1 u. 2 C. cred. ev. n. d. 8, 45, Windscheid Pand. I § 237 bei Note 22) und daß der Schuldner im Eviktionsfalle von dem Erwerber auf die Erstattung des Preises nebst Zinsen belangt werden kann (l. 74 § 1 D. de evict.

21, 2; l. 12 § 1 D. de. distr. pign. 20, 5). Man schließt häufig aus diesen beiden Sätzen, daß die Veräußerung des Pfandes in Vertretung des Schuldners erfolge. Der Schluß ist aber kein zwingender; denn jene Sätze sind nicht unverträglich mit der Annahme, daß der Gläubiger kraft eines vom Schuldner abgeleiteten eigenen Rechts veräußere. [Vgl. Windscheid I § 233 N. 3, § 237 N. 17, II § 422 N. 4d. Wegen des preuß. Rechts s. Dernburg pr. PrR. I § 358, Eccius (Förster) pr. PrR. III § 194.] Die Eviktion ist nach ALR. I 15 § 42 im Falle einer öffentlichen Versteigerung ausgeschlossen.

2. Zu Abs. 1: Abgeschätzt werden die gepfändeten Sachen nur, wenn sie Kostbarkeiten, z. B. Gold- und Silbersachen, Edelsteine, Perlen, wertvolle Gemälde, Antiquitäten &c., sind. Übrigens ergiebt § 708, daß der GV. bei jeder Pfändung den Wert überschlagen muß (vgl. preuß. GA. f. GV. § 76 Abs. 6). — Wegen Bezahlung der Sachverständigen s. GO. f. GV. § 16; wegen der Gebühr des GV. eod. § 12 Nr. 1.

3. Zu Abs. 2: a) Über den Begriff „Geld" vgl. Koch in Ztschr. f. d. CPr. III S. 367 ff. und in Endemanns Handb. d. HR. II S. 113 ff. Vgl. auch Goldschmidt Handb. d. HR. I 2 S. 1060 ff., Hasner Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VII S. 1 ff. Nicht bloß Münzen in Reichswährung (z. Z. einschließlich der Thaler, Münzgesetz v. 9. Juli 1873 Art. 15, 16), sondern auch Reichskassenscheine und Noten der inländischen Banken sind als Geld im Sinne des § 716 zu behandeln. Ausländische Münzen und Wertzeichen sind kein „Geld". Wie aber der Gläubiger selbst solche statt Geldes annehmen kann, so kann auch der GV. kraft seiner gesetzlichen Ermächtigung zum Zahlungsempfang solche nach Kurs als Zahlungsmittel annehmen. In diesem Fall ist § 716 Abs. 2 anwendbar; andernfalls sind die ausländischen Münzen &c. Pfandobjekt und nach §§ 716 Abs. 1, 721 oder 722 zu verwerten.

b) Die Motive bemerken: „Die Befugnis des Gerichtsvollziehers zur Empfangnahme der schuldigen Leistung an Stelle des Gläubigers giebt sowohl der Wegnahme von Geld im Wege der Pfändung als der Empfangnahme des Auktionserlöses den Charakter der Zahlung von seiten des Schuldners; im ersteren Fall fällt naturgemäß die als Regel festgestellte Wirkung der Pfändung, das Pfandrecht, hinweg — §§ 675, 716 Abs. 2, 720. Dieses Moment ist wichtig, weil mit demselben die Gefahr des fraglichen Geldes auf den Gläubiger übergeht und namentlich die Anschlußpfändung ausgeschlossen wird (nordd. Prot. IV S. 2026). Im übrigen entscheidet die Prozeßordnung nur über den Erfolg der Liberation des Schuldners; der Entscheidung der Fragen, ob etwa diese Zahlung als eine vom Schuldner geleistete angefochten werden kann oder ob der Schuldner der Verkäufer der versteigerten Gegenstände ist, soll nicht vorgegriffen werden."

Vgl. auch KPr. S. 392 und Anl. K z. Prot. der 164. Sitzung.

Weil die Pfändung von Geld gleich Zahlung ist, ist sie nicht nach KO. § 23 Nr. 2 anfechtbar [RG. 11. Dez. 1883 SA. XXXIX Nr. 177].

c) Die Wegnahme von Geld gilt nicht als Zahlung, wenn dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden; also im Falle des § 652 Abs. 2. — Das gepfändete Geld ist nach § 659 zu hinterlegen. Die Ausnahme von dem Satze, daß die Wegnahme des Geldes als Zahlung gelte, bezieht sich nicht auf die Fälle, in denen nach § 647 Abs. 1, 657, 668 Abs. 2, 685 Abs. 1, 688 Abs. 1 dem Schuldner oder nach § 690 Abs. 3 einem dritten nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung die Einstellung der Vollstreckung zu bewirken. Über die Verschiedenheit dieser Fälle von dem Falle des § 652 Abs. 1 vgl. Bem. Nr. 2 zu § 659. Ebensowenig bezieht sich die Ausnahme auf die Fälle der Hinterlegung nach §§ 710 Abs. 4, 728 Abs. 2. In allen diesen nicht ausgenommenen Fällen bleibt es bei der Regel: die Wegnahme des Geldes gilt als Zahlung. Konsequenzen davon s. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709 und Bem. Nr. 4 zu § 728. — Wegen Hinterlegung bei Arrestvollziehung s. § 810 Abs. 2.

§ 717.

Die Versteigerung der gepfändeten Sachen darf nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung geschehen, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über eine frühere Versteigerung sich einigen oder dieselbe erforderlich ist, um die Gefahr einer beträchtlichen Wertsverringerung der zu versteigernden Sache abzuwenden oder um unverhältnismäßige Kosten einer längeren Aufbewahrung zu vermeiden.

Die Versteigerung erfolgt in der Gemeinde, in welcher die Pfändung geschehen ist, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über einen anderen Ort sich einigen.

Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der zu versteigernden Sachen öffentlich bekannt zu machen.

Mot. S. 429. KPr. S. 393, 394, 571.

1. Zu Abs. 1: Vgl. preuß. GA. f. GV. § 77 Abs. 4. Eine den Vorschriften des Abs. 1 entgegen vorgenommene Versteigerung ist nicht ungültig; aber der Schuldner kann gegen deren vorzeitige Ansetzung Einwendung erheben (§ 685). Der Gläubiger wie der Schuldner kann auch wegen Verzögerung der Versteigerung Anträge nach § 685 stellen.

2. Zu Abs. 3: Die Bekanntmachung kann durch öffentliche Blätter, Ausschellen, Anschlag ꝛc. erfolgen. Vgl. preuß. GA. f. GV. § 77 Abs. 4—6. Wegen der Gebühr s. GO. f. GV. § 12 Nr. 5.

3. Besondere Mitteilung des Versteigerungstermins an den Gläubiger oder Schuldner schreibt das Gesetz nicht vor (vgl. KPr. S. 393, 394). Dieselbe kann reglementarisch vorgeschrieben werden (preuß. GA. f. GV. § 77 Abs. 2). Die Gültigkeit der Versteigerung ist keinesfalls dadurch bedingt.

§ 718.

Der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt nach dreimaligem Aufrufe.

Die Ablieferung einer zugeschlagenen Sache darf nur gegen bare Zahlung geschehen.

Hat der Meistbietende nicht zu der in den Versteigerungsbedingungen bestimmten Zeit oder in Ermangelung einer solchen Bestimmung nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins die Ablieferung gegen Zahlung des Kaufgeldes verlangt, so wird die Sache anderweit versteigert. Der Meistbietende wird zu einem weiteren Gebote nicht zugelassen; er haftet für den Ausfall, auf den Mehrerlös hat er keinen Anspruch.

Mot. S. 429. KPr. S. 394, 571.

1. Zu Abs. 1: a) Eine Versteigerung ist entweder ein Vertragsanerbieten an denjenigen, welcher die besten Bedingungen stellt; dann kommt durch jedes Gebot ein Vertragsschluß unter der aufschiebenden Bedingung zu stande, daß nicht von einem andern ein besseres Gebot erfolge; der Meistbietende hat ein Recht auf den Zuschlag. Oder die Versteigerung ist eine Aufforderung zu Offerten; der Meistbietende kann nicht verlangen, daß ihm der Zuschlag erteilt werde, der Vertrag kommt erst durch den Zuschlag zum Abschluß. Dabei entsteht dann die weitere Frage, ob der Versteigerer den Zuschlag jedem Bietenden oder nur dem Meistbietenden erteilen kann [vgl. Windscheid Pand. II § 308 Nr. 2; daselbst N. 10 s. die Litteratur]. Ob die Versteigerung im einen oder anderen Sinne erfolgt, ist nach den im Belieben

des Versteigernden gelegenen Versteigerungsmodalitäten zu entscheiden. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sie im zweiten Sinne erfolge [vgl. Windscheid a. a. O. N. 16, E. e. d. GV. § 90]. Die Frage, ob die Zwangsversteigerung den einen oder den anderen Sinn habe, ist in § 718 nicht entschieden [so auch Eccius Förster pr. PrR. II § 130 IIc 5. Aufl. S. 120 f., Mandry der civilrechtliche Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 399]; doch verneint § 718 durch die Bestimmung, daß der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt, die Zulässigkeit eines Zuschlags an andere Bieter. Muß hiernach die Frage, welchen Sinn die Versteigerung habe, als quaestio facti behandelt werden, so entzieht sich dieselbe weiterer Erörterung. [Vgl. A. Förster N. 2. AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 f., Gaupp III S. 287, Petersen S. 1004 u. a., welche annehmen, daß nach § 718 Abs. 1 der Meistbietende ein Recht auf den Zuschlag habe. Andererseits nehmen v. Bülow N. 1 zu § 718 und Mandry a. a. O. an, daß der Meistbietende kein Recht auf den Zuschlag habe.]

b) Die Wirkung des Zuschlags ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen. Nach gem. Recht erlangt der Erwerber das Eigentum nur, wenn der Schuldner Eigentümer war. Anders nach preuß. ALR. I 11 § 342. [Vgl. Dernburg pr. PrR. I § 188 Z. 1, Eccius Förster pr. PrR. II § 130 IIe 5. Aufl. S. 120.]

2. Zu Abs. 2: Weder der Gläubiger noch der Schuldner kann die Stundung des Preises bewilligen. Doch kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag einer Partei nach freiem Ermessen mit oder ohne Zustimmung des Gegners anordnen, daß die Ablieferung unter Stundung des Preises erfolge (arg. § 726). Einer nicht durch gerichtliche Anordnung gedeckten Vereinbarung der Parteien über Stundung des Kaufpreises darf der GV. nicht stattgeben; denn Versteigerung gegen Barzahlung ist der gesetzliche Verwertungsmodus; so wenig die Parteien vereinbaren dürfen, daß der GV. eine Sache (außer nach § 722) aus freier Hand verkaufe, so wenig können sie durch Vereinbarung die Barzahlung beseitigen. [So auch Puchelt II S. 566, A. Förster N. 5, Eccius Förster pr. PrR. II § 130 N. 34 5. Aufl. S. 121, wohl auch Gaupp III S. 288 u. Petersen S. 1005; vgl. auch KPr. S. 394, wonach ein Antrag, die Ablieferung der Sache ohne Barzahlung zu gestatten, wenn Gläubiger und Schuldner über Stundung des Preises einverstanden sind, abgelehnt wurde. AM. Struckm. Koch N. 2 zu § 718, Wilm. Levy N. 3 zu § 718, Endemann III S. 229, preuß. GA. f. GV. § 73, § 75 Abs. 3.]

3. Zu Abs. 3: Die zweite Versteigerung erfolgt unter Aufhebung des Zuschlages; dieselbe kann sich nach Umständen an die erste anreihen. Ein Mehrerlös gehört dem Gläubiger und, soweit er nicht zu dessen Befriedigung erforderlich ist, dem Schuldner. Der erste Käufer haftet sowohl dem Gläubiger als dem Schuldner für den Ausfall. Der Anspruch darauf ist im Wege des gewöhnlichen Prozesses zu verfolgen.

4. Nach den Landesgesetzen ist zu beurteilen, ob der GV. und ob der Schuldner mitbieten darf. Vgl. ALR. I 11 §§ 22 ff., bayer. AG. z. CPrO. Art. 23, württ. AG. z. CPrO. Art. 31, 32, preuß. GA. f. GV. § 75 Abs. 3.

5. Wird kein Gebot gelegt, so ist entweder neue Versteigerung oder anderweite Verwertung (§ 722) zu versuchen. Der Gläubiger kann nicht die Überlassung an Zahlungsstatt verlangen.

§ 719.

Die Versteigerung wird eingestellt, sobald der Erlös zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung hinreicht.

Mot S. 429. KPr. S. 394, 571.

Vgl. preuß. GA. f. GV. § 78 Abs. 7.

§ 720.

Die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von seiten des Schuldners, sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden.

Mot. S. 429. KPr. S. 368—370, 394, 571.

Vgl. Bem. Nr. 4 litt. b u. c zu § 716. Wegen Hinterlegung bei Arrestvollstreckung s. § 810 Abs. 2, 3.

§ 721.

Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter ihrem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden. Wird ein den Zuschlag gestattendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Gerichtsvollzieher den Verkauf aus freier Hand zu dem Preise bewirken, welcher den Gold- oder Silberwert erreicht.

Mot. S. 429, 430. KPr. S. 394, 571.

Die Motive bemerken: „Gold- und Silbersachen stehen in ihrem Metallwert dem Gelde so nahe, daß eine Versteigerung unter demselben nicht zulässig erscheint. Die Veräußerung zu diesem Werte schließt auch die Übernahme durch die Gläubiger ein."

Vgl. auch preuß. GA. f. GV. § 80 Abs. 2—4.

§ 722.

Gepfändete Wertpapiere sind, wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis haben, von dem Gerichtsvollzieher aus freier Hand zum Tageskurse zu verkaufen und, wenn sie einen solchen Preis nicht haben, nach den allgemeinen Bestimmungen zu versteigern.

Mot. S. 429, 430. KPr. S. 394, 571.

1. In den Entwürfen stand statt „Wertpapiere" „Papiere auf den Inhaber". Der jetzige Ausdruck umfaßt auch Papiere auf den Namen (KPr. S. 394). Wegen des Begriffs „Wertpapiere" — s. Bem. Nr. 2 zu § 101. Wegen der Wechsel s. Bem. Nr. 3 zu § 732. Das Charakteristikum des Wertpapiers in Ansehung der Zwangsvollstreckung besteht darin, daß sein wirtschaftlicher Wert durch Verkauf, nicht durch Einziehung der Forderung, zu realisieren ist. [Vgl. RG. 12. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 111 S. 375.] Daher kann keine Überweisung nach § 736 erfolgen. Über die Frage, ob Grundschuldbriefe Wertpapiere i. S. des § 722 sind, vgl. Voß Beitr. z. E. d. DR. XXVII 824 ff.

2. „Börsen- oder Marktpreis" — vgl. HGB. Art. 311, 343, 353, 357, Bankges. § 20, KO. § 16. Hat ein Papier Börsen- oder Marktpreis, so bedarf es nicht der Wertsermittelung durch Versteigerung. Auch der Gläubiger kann das Papier zum Tageskurse übernehmen. Über Ermittelung des Tageskurses s. preuß. GA. f. GV. § 81 Abs. 5.

§ 723.

Lautet ein Wertpapier auf Namen, so kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Umschreibung auf den Namen des Käufers zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben.

KPr. S. 394—396, 571, 718.

1. § 723 handelt von Wertpapieren, welche von Anfang an auf den Namen gestellt sind. Ist die Umschreibung zur Legitimation des Erwerbers nötig, so gehört dieselbe zur Er-

füllung. Verweigert der Schuldner seine Mitwirkung, so wird der GV. auf Antrag vom Vollstreckungsgericht ermächtigt, bei der zuständigen Stelle (HGB. Art. 318, Reichsb.-Stat. § 4) die Umschreibung auf den Namen des Käufers zu erwirken ꝛc. Der Schlußsatz des § 723 findet auch Anwendung auf die Fälle, in denen nur Umschreibung auf dem Papiere selbst oder die Indossierung des Wertpapiers — im Gegensatz zu indossablen Forderungspapieren, vgl. § 732 — nötig ist [Gaupp III S. 292].

2. Wegen der Gebühren in den Fällen der §§ 723, 724 s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 in d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. § 23 Nr. 2, 31; GO. f. GV. §§ 12 Nr. 8, 13 Nr. 6.

§ 724.

Ist ein Inhaberpapier durch Einschreibung auf den Namen oder in anderer Weise außer Kurs gesetzt, so kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Wiederinkurssetzung zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben.

Mot. S. 430. KPr. S. 394–396, 571, 718.

1. § 724 handelt von Wertpapieren, welche ursprünglich auf den Inhaber lauteten, aber durch Einschreibung auf den Namen (sog. Vinkulierung) oder in anderer gesetzlicher Weise ihrer Eigenschaft als Inhaberpapiere entkleidet sind. Die Bem. Nr. 1 und 2 zu § 723 finden hierher entsprechende Anwendung.

2. Nach preuß. ALR. I 15 § 48 ist die Außerkurssetzung durch Privatvermerk gestattet. Ebenso nach gem. Recht [vgl. Stobbe DPrR. III S. 214, U. d. RG. v. 19. März 1881 Entsch. IV Nr. 41 S. 140 ff.]. Wegen Wiederinkurssetzung vgl. preuß. ALR. I 15 §§ 50, 51, pr. Ges. v. 16. Juni 1835 (GS. S. 133) und v. 4. Mai 1843 (GS. S. 177).

§ 725.

Die Versteigerung gepfändeter, von dem Boden noch nicht getrennter Früchte ist erst nach der Reife zulässig. Sie kann vor oder nach der Trennung der Früchte erfolgen; im letzteren Falle hat der Gerichtsvollzieher die Aberntung bewirken zu lassen.

Mot. S. 430, 431. KPr. S. 396, 571.

Der Verkauf vor der wirklichen Reife ist nicht gestattet, weil die dem Käufer zur Last fallende Gefahr den Preis unverhältnismäßig herabdrücken würde. — Ob die Versteigerung vor oder nach Trennung der Früchte geschehen soll, hat zunächst der Gläubiger zu bestimmen. Der Schuldner kann nach § 685 die gerichtliche Entscheidung über die Zeit der Versteigerung provozieren. Damit der Gerichtsvollzieher die Aberntung auch durch den Schuldner selbst bewirken lassen könne, wurden die im Entw. enthaltenen Worte „durch einen dritten“ vor „bewirken“ in der JK. d. RT. gestrichen. — Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. § 7.

§ 726.

Auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners kann das Vollstreckungsgericht anordnen, daß die Verwertung einer gepfändeten Sache in anderer Weise oder an einem anderen Orte, als in den vorstehenden Paragraphen bestimmt ist, stattzufinden habe oder daß die Versteigerung durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher vorzunehmen sei.

KPr. S. 396, 571.

1. „Auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners“ — nicht des Ge-

richtsvollziehers. — „In den vorstehenden Paragraphen" — sc. §§ 716 Abs. 1, 717, 718, 721, 722, 725. Die §§ 716 Abs. 2, 720, 723, 724 enthalten keine Vorschriften über die Art und Weise oder über den Ort der Verwertung. — Es kann z. B. Verkauf aus freier Hand angeordnet werden. — „Durch eine andere Person" — z. B. durch einen Auktionator. Wegen des Verfahrens s. § 684 Abs. 3 und Bem. Nr. 3 dazu. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 59 i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31.

2. Daraus, daß das Gericht die Abweichungen von den erwähnten Vorschriften gestatten kann, folgt nicht, daß der GV. bei Einverständnis beider Parteien sich über diese Vorschriften wegsetzen dürfe [was Gaupp III S. 294 f. annimmt]. Schon daraus, daß das Gesetz in § 717 Abs. 1 und 2 die Einigung der Parteien speziell erwähnt, dürfte sich die Unhaltbarkeit dieser Annahme ergeben. Vgl a. Bem. Nr. 2 zu § 718.

§ 727.

Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen wird durch die in das Protokoll aufzunehmende Erklärung des Gerichtsvollziehers, daß er die Sachen für seinen Auftraggeber pfände, bewirkt.

Ist die erste Pfändung durch einen anderen Gerichtsvollzieher bewirkt, so ist diesem eine Abschrift des Protokolls zuzustellen.

Der Schuldner ist von der weiteren Pfändung in Kenntnis zu setzen.

Mot. S. 431. KPr. S. 396, 571.

1. Die Motive bemerken: „Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen behält trotz der ausschließlichen Wirkung*) der ersten Pfändung ihre Bedeutung sowohl für den zur Deckung der ersten Forderung nicht erforderlichen Teil der Pfänder, als für den Fall, daß die erste Forderung anderweit befriedigt wird. Sie kann bei der Natur des Aktes der ersten Pfändung nur noch durch eine Erklärung erfolgen. Die Erklärung muß, um die entscheidende Bedeutung zu haben, gegen denjenigen geschehen, welcher die Gegenstände in Besitz hat, also gegen den GV. der ersten Pfändung. Der etwaige Gewahrsam des Schuldners ist durch die Erkennbarkeit der ersten Pfändung ganz in den Hintergrund getreten. Ein dritter, welchem der Gerichtsvollzieher etwa die Sachen zur Aufbewahrung übergeben hat, würde nur dessen Weisungen zu folgen haben, während der GV. durch eine Zwangsvollstreckung, welche nicht gegen ihn selbst, sondern gegen den von ihm bestellten Verwahrer gerichtet wäre, in dem Pfandbesitze nicht gestört werden würde. In dem gewiß sehr häufigen Falle, daß der GV. der zweiten Pfändung auch die erste Pfändung ausgeführt hat, wird an der Ausführung der zweiten Pfändung im Grundsatze nichts geändert; es bedarf, um die abzugebende Erklärung überhaupt in die äußere Erscheinung treten zu lassen, nur der Protokollierung. Außer diesem Falle ist die Protokollierung ein bloß begleitender Akt."

2. Ist die erste Pfändung durch denselben Gerichtsvollzieher bewirkt, so vollzieht sich die Anschlußpfändung durch die Protokollierung der Erklärung. Der GV. richtet die Erklärung an sich selbst als den Vollstreckungsbevollmächtigten des ersten Gläubigers.

Bestritten ist, ob die Anschlußpfändung dann, wenn die erste Pfändung durch einen anderen Gerichtsvollzieher erfolgte, durch die Zustellung des über die Anschlußpfändung errichteten Protokolls an den andern Gerichtsvollzieher [so Struckm. Koch N. 2, v. Bülow N. 1, v. Sarwey II S. 207] oder schon durch die Erklärung der Anschlußpfändung erfolgt. Entscheidet man sich, dem Texte des Gesetzes folgend, für die zweite Ansicht, so entsteht die weitere Frage: muß die Erklärung dem anderen Gerichtsvollzieher gegenüber abgegeben sein [so die oben cit. Mot. sowie die preuß, GA. f. GV. § 84, ferner A. Förster N. 2, Fitting Lehrb.

*) Gemeint ist das Vorrecht des Pfandgläubigers, zu dessen Gunsten früher gepfändet ist (§ 709 Abs. 3).

§ 87 Nr. 16, Hellmann Lehrb. S. 863] oder vollzieht sich die Anschlußpfändung dadurch, daß der Gerichtsvollzieher, ohne den anderen Gerichtsvollzieher gesprochen zu haben, auf seiner Schreibstube niederschreibt, daß er sich der früheren Pfändung anschließe [so Wilm. Levy N. 2, Gaupp III S. 296 f., Petersen S. 1012, Endemann III S. 236, RG. 22. Nov. 1884 Entsch. XIII Nr. 87 S. 345 ff.]. Aus der Vorgeschichte des Gesetzes ist zu erwähnen, daß der dem § 727 entsprechende § 641 des Entw. I lautete:

„Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dem Gerichtsvollzieher, welcher die erste Pfändung bewirkt hat, erklärt: er pfände die Sachen für seinen Auftraggeber; oder, wenn er selbst die erste Pfändung bewirkt hat, diese Erklärung zu Protokoll feststellt. Dem anderen Gerichtsvollzieher, welcher die erste Pfändung bewirkt hat, ist eine Abschrift des aufgenommenen Protokolls zuzustellen und der Schuldner von der Pfändung in Kenntnis zu setzen."

Diese Fassung ließ klar ersehen, daß die Erklärung an den anderen GV. der Pfändungsakt sei. In der sog. Vorkommission, aus welcher der Entw. II hervorging, wurde die jetzige Fassung beschlossen (Entw. II § 662), und v. Wilmowski, welcher in der Komm. war, berichtet, daß man eine sachliche Änderung im Sinne der zuletzt angeführten Ansicht beabsichtigte. Die Motive sind unverändert aus den Mot. des Entw. I in die Entw. II und III herübergenommen. Das scheint gegen die Absicht einer sachlichen Änderung zu sprechen, kann aber auch auf Versehen beruhen. Dafür, daß die Erklärung dem anderen Gerichtsvollzieher gegenüber abgegeben werden muß, um die Anschlußpfändung zu bewirken, spricht der allgemeine Sinn von „Erklärung". Nach Abs. 1 bewirkt diese die Anschlußpfändung. Im Begriff der Erklärung aber liegt, daß die Willensäußerung jemanden gegenüber abgegeben sein muß [Leonhard der Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 71 f.]; das ist keine „Erklärung", wenn der Gerichtsvollzieher niederschreibt, daß er eine Anschlußpfändung vollziehen wolle, ohne dieses Wollen einem andern kund zu geben. An wen die Kundgebung erfolgen muß, ergiebt der Abs. 2; es ist der Gerichtsvollzieher, der zuerst gepfändet hat. Die Beachtung der Vorschriften des Abs. 2 und 3 ist für die Gültigkeit der Anschlußpfändung nicht wesentlich. Der Gerichtsvollzieher, welcher diese Vorschriften nicht beachtet, haftet jedoch seinem Auftraggeber für den dadurch entstandenen Schaden.

Die Anschlußpfändung braucht weder in Gegenwart der gepfändeten Sachen, noch in Gegenwart des Schuldners zu erfolgen [vgl. Ztschr. f. d. CPr. X S. 400].

3. Anschlußpfändung ist möglich, bis der Erlös der gepfändeten Sache dem Gerichtsvollzieher oder direkt dem Gläubiger übergeben ist. Nur wenn die Empfangnahme des Erlöses nicht als Zahlung gilt (s. § 720 „sofern nicht — abzuwenden", ferner § 810 Abs. 2 u. 3), ist Anschlußpfändung auch noch nach der Empfangnahme des Erlöses möglich. Vgl. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709. Über Anschlußpfändung nach einer Hinterlegung gemäß § 728 Abs. 2 vgl. Bem. Nr. 4 zu § 728.

4. Weil die Anschlußpfändung den Thatbestand einer selbständigen Pfändung (§ 712) nicht enthält, so entsteht für den Anschlußgläubiger ein Pfandrecht im Sinne des § 709 nur dann, wenn die erste Pfändung den Vorschriften des 712 entsprach. Dagegen hängt die Wirksamkeit der Anschlußpfändung nicht davon ab, daß die erste Zwangsvollstreckung zulässig war. Fehlte z. B. die Zustellung des Vollstreckungstitels vor der ersten Pfändung, so ist diese unzulässig, aber die Anschlußpfändung gleichwohl wirksam. Der Anschlußgläubiger kann erster Pfandgläubiger werden durch Aufhebung des ihm vorangehenden Pfandrechts. Die Aufhebung kann auch durch Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger erfolgen. Auch während der Anschlußgläubiger posterior creditor ist, hat er nicht bloß Anspruch auf den Überschuß, sondern er kann selbständig, gegen den Willen des prior creditor und ohne demselben Sicherheit für volle Befriedigung zu bieten, die Veräußerung betreiben; durch die auf

seinen Betrieb erfolgende Veräußerung geht das Pfandrecht des prior creditor unter. (Vgl. preuß. AG f. GV. § 84 Abs. 10.)

5. Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. § 5.

§ 728.

Auf den Gerichtsvollzieher, von welchem die erste Pfändung bewirkt ist, geht der Auftrag des zweiten Gläubigers kraft Gesetzes über, sofern nicht das Vollstreckungsgericht auf Antrag eines beteiligten Gläubigers oder des Schuldners anordnet, daß die Verrichtungen jenes Gerichtsvollziehers von einem anderen zu übernehmen seien. Die Versteigerung erfolgt für alle beteiligten Gläubiger.

Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen beteiligten Gläubiger eine andere Verteilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Vollstreckungsgericht anzuzeigen. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

Mot. S. 431. KPr. S. 396, 571.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Die weitere Vollstreckung ist immer nur von einem der beteiligten Gerichtsvollzieher auszuführen, und die Lage des Schuldners nötigt hier, wie bei Bestimmung der Stellung des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger überhaupt, zu der Annahme eines vollständigen Überganges des von dem zweiten Gläubiger erteilten Auftrags auf den Gerichtsvollzieher der ersten Pfändung. Damit dieser die Versteigerung ausführt, bedarf es nicht erst eines weiteren Betreibens seitens des zweiten Gläubigers. Die zur Vollstreckung notwendigen Urkunden müssen selbstverständlich ihm überliefert werden. Aus besonderen Gründen, über deren Bedeutung das Gericht zu befinden hat, und selbstverständlich durch Wahl eines anderen Gerichtsvollziehers seitens aller beteiligten Gläubiger kann der Übergang des Auftrags ausgeschlossen werden."

2. Reicht der Erlös zur Deckung aller Forderungen nicht aus, so sind die Kosten des Verkaufs vorweg in Abzug zu bringen und sodann die einzelnen Forderungen mit den für dieselben erwachsenen besonderen Kosten nach der Reihenfolge, der Pfändungen, bei gleichzeitiger Pfändung pro rata der Forderungen zu befriedigen, soweit die Masse reicht (preuß. GA. f. GV. § 87 Abs. 2). Dazu bedarf es weder der Mitteilung eines Verteilungsplanes, noch der Einholung der Zustimmung der Beteiligten. Der GV. kann in dieser Weise vorgehen, bis ein Beteiligter eine andere Verteilung verlangt; dann erst folgt die Hinterlegung des Erlöses nach Abzug der Verkaufskosten und das Verteilungsverfahren, es wäre denn, daß alle beteiligten Gläubiger sich über einen anderen Verteilungsmodus einigten (vgl. preuß. AG. f. GV. § 87 Abs. 3). Die den Gläubigern zukommenden Beträge sowie den etwaigen Überschuß hat der GV., soweit nicht die ersteren zu hinterlegen sind (diese Fälle s. in Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709), an die Empfangsberechtigten auszuzahlen (preuß. GA. f. GV. § 87 Abs. 4).

3. Die Hinterlegung des Erlöses zum Zwecke der gerichtlichen Verteilung erfolgt bei dem Vollstreckungsgericht oder bei der für dieses Gericht bestehenden Depositalbehörde (KPr. S. 496). Vgl. preuß. Hinterl.-Ordn. v. 14. März 1879 § 76 Nr. 1.

4. Rechtsverhältnisse an dem hinterlegten Erlöse: a) Die Gläubiger, welche keinen Anspruch auf Auszahlung haben, haben ein Faustpfandrecht an dem Erlöse; der Erlös bleibt Eigentum des Schuldners (s. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709). Folglich ist Anschlußpfändung noch nach der Hinterlegung möglich. b) Die Gläubiger, welche Anspruch auf sofortige Auszahlung haben, haben gemäß dem Grundsatze des § 720 durch die Empfangnahme des Erlöses seitens des GV. das Eigentum an dem Erlöse erlangt. Begründung s. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709. [AM. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 299, A. Förster N. 5, Hellmann Lehrb. S. 867, welche dem Gläubiger auch im Falle b ein Pfandrecht zusprechen.] Folglich können Beträge, welche nur wegen Bestreitung der Rangordnung hinterlegt sind, nicht Gegenstand einer Anschlußpfändung sein.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 3; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6; GO. f. GV. § 14 Nr. 2.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

Die §§ 729—754 handeln von der Zwangsvollstreckung in Vermögensbestandteile, welche keine körperlichen Sachen sind. Diese Vermögensbestandteile scheidet das Gesetz in Geldforderungen (§§ 730—744, 749, 750, 753), Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen (§§ 745—748, 751, 752) und andere Vermögensrechte (§ 754). Die Geldforderungen und Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen faßt das Gesetz in der Überschrift und in § 729 unter „Forderungen“ zusammen, obgleich Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen sowohl obligatorischer wie dinglicher Natur sein können.

§ 729.

Die gerichtlichen Handlungen, welche die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte zum Gegenstande haben, erfolgen durch das Vollstreckungsgericht.

Als Vollstreckungsgericht ist das Amtsgericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

Mot. S. 432. KPr. S. 396, 397, 571.

1. Zu der Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte ist die Mitwirkung des Gerichts nötig. Vgl. Mot. S. 432. Die gerichtlichen Handlungen, welche dabei vorkommen (§§ 730 Abs. 1, 731, 736, 743, 746 Abs. 1, 747 Abs. 1, 754, vgl. a. § 685), überträgt das Gesetz dem Vollstreckungsgericht. Sämtliche gerichtliche Handlungen sind Beschlüsse. Sie werden auf Antrag des Gläubigers erlassen. Der Antrag kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. Es besteht kein Anwaltszwang (§ 74 Abs. 1). Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen (§ 684 Abs. 3) und ist durch sofortige Beschwerde anfechtbar (§ 701).

2. Vollstreckungsgericht ist das Amtsgericht, bei welchem der Schuldner (exequendus) im Deutschen Reich seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§§ 13—20), und wenn der Schuldner im Deutschen Reich keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich Vermögen des Schuldners befindet (§ 24). Die subsidiäre Zuständigkeit des letzteren Amtsgerichts ist nicht auf die Zwangsvollstreckung in die im Bezirke befindlichen Vermögensbestandteile beschränkt (KPr. S. 396 f.); z. B. das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner ein Haus hat, ist Vollstreckungsgericht zur Beschlagnahme einer Forderung, auch wenn der

Drittschuldner außerhalb des Bezirkes wohnt. — Abweichend ist die Zuständigkeit zur Arrestanlegung auf Forderungen in § 810 Abs. 1 geregelt.

Die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts ist eine ausschließliche (§ 707). Sind mehrere Vollstreckungsgerichte vorhanden — dies ist möglich, wenn der Schuldner mehrere allgemeine Gerichtsstände in Deutschland, und im subsidiären Fall, wenn er in mehreren Amtsgerichtsbezirken Vermögen hat — so hat der Gläubiger die Wahl (§ 35). Die von einem unzuständigen Gericht verfügte Pfändung ist ungültig. [Vgl. RG. 11. Nov. 1882 SA. XXXVIII Nr. 196.]

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35, Nr. 2, 39 (in der Fassung d. RG. v. 29. Juni 1881); GG. f. RA. §§, 23 Nr. 2, 31.

§ 730.

Soll eine Geldforderung gepfändet werden, so hat das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten, an den Schuldner zu zahlen. Zugleich hat das Gericht an den Schuldner das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Der Gläubiger hat den Beschluß dem Drittschuldner zustellen zu lassen. Der Gerichtsvollzieher hat den Beschluß mit einer Abschrift der Zustellungsurkunde dem Schuldner sofort zuzustellen, sofern nicht eine öffentliche Zustellung erforderlich wird. Ist die Zustellung an den Drittschuldner auf unmittelbares Ersuchen des Gerichtsschreibers durch die Post erfolgt, so hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung an den Schuldner in gleicher Weise Sorge zu tragen. An Stelle einer an den Schuldner im Auslande zu bewirkenden Zustellung erfolgt die Zustellung durch Aufgabe zur Post.

Mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner ist die Pfändung als bewirkt anzusehen.

Mot. S. 432, 433. KPr. S. 397, 398, 571.

1. Litteratur: Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen (Leipzig 1881), Falkmann Zwangsvollstr. S. 244 ff., Jastrow Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 461 ff., Hergenhahn Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 610 ff., Korn Ztschr. f. d. CPr. XI S. 294 ff.

2. Zu Abs. 1: a) Über „Geldforderung" vgl. Bem. Nr. 1 vor § 708 S. 812. Pfändbar sind auch befristete und bedingte, nicht aber zukünftige Forderungen [vgl. OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 329]. Wegen der Form des Antrags s. Bem. Nr. 1 zu § 729. Zur Begründung des Antrags gehört die Vorlage des mit der Vollstreckungsklausel (Ausnahme: § 704) versehenen Vollstreckungstitels. Der Nachweis der vorherigen Zustellung des Titels (§ 671) ist nicht nötig; denn die Vollstreckung wird erst mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner bewirkt (§ 730 Abs. 3); unterläßt der Gläubiger dessen Zustellung so ist keine Vollstreckung vorhanden. Der GV. hat, ehe er die Zustellung an den Drittschuldner ausführt, zu prüfen, ob der Vollstreckungstitel dem Schuldner zugestellt ist. [L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. III S. 353; vgl. a. die Mot. z. preuß. Subh.-Ordn. S. 69 f. und RG. Entsch. IX S. 322. AM. Struckm. Koch N. 2 zu § 730, Wilm. Levy N. 4 zu § 729, Gaupp III S. 302, Hellmann Lehrb. S. 868, Voß Mag. f. DR. II S. 136, Hellwig a. a. O. S. 120, Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 120 N. **.]

b) Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Modifikation: der Schuldner darf vor der Pfändung weder schriftlich noch mündlich gehört werden (§ 735). — Sind die Voraussetzungen des Antrags gegeben, so erläßt das Gericht einen Beschluß, welcher das arrestatorium,

d. i. das an den Drittschuldner (Schuldner des exequendus) gerichtete Verbot, an den Schuldner zu zahlen, und das inhibitorium, d. i. das an den Schuldner gerichtete Verbot, die Forderung einzuziehen oder sonstwie über dieselbe zu verfügen, enthält. Der dem Antrag stattgebende Beschluß ist dem Gläubiger nicht zuzustellen, sondern formlos auszuhändigen, damit dieser die Zustellungen (Abs. 2) betreibe [vgl. Petersen Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 422, RG. 8. März 1883 Entsch. XI Nr. 106 S. 404]. Nach § 152 Abs. 2 kann sich der Gläubiger der Vermittelung des Gerichtsschreibers bedienen; es hat daher nach § 154 der Gerichtsschreiber einen GV. zu beauftragen, sofern nicht die Partei erklärt hat, selbst einen GV. beauftragen zu wollen. Auf die Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers ist § 179 anwendbar. — Der den Antrag (ganz oder teilweise) abweisende Beschluß ist dem Antragsteller von Amtswegen zuzustellen. Gegen den dem Antrag stattgebenden Beschluß steht dem Schuldner, gegen den abweisenden dem Gläubiger die sofortige Beschwerde zu (§ 701).

3. Zu Abs. 2: Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner und an den Schuldner erfolgt auf Betreiben des Gläubigers nach den Regeln der §§ 152 ff. Wegen Vermittelung der Zustellungen durch den Gerichtsschreiber s. Bem. Nr. 2 litt. b.

a) Zuerst ist dem Drittschuldner zuzustellen. Die Zustellung an den Drittschuldner im Auslande geschieht nach §§ 182, 184, 185, die Zustellung an einen Exterritorialen nach § 183. Daß der Drittschuldner im Auslande wohnt und dort Zahlung zu leisten hat, hindert die Beschlagnahme nicht (KPr. S. 397) [vgl. RG. 2. Mai 1885 SA. XLI Nr. 158, Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 120 N. **. AM. Roller Ztschr. f. d. CPr. X S. 474 ff., Eccius Förster pr. PrR. III § 197 N. 23]. Freilich bleibt der Beschlagnahmebeschluß wirkungslos, wenn die Zustellung im Auslande nicht ausführbar ist. Und auch wenn die Zustellung erfolgte, kann sich ergeben, daß das Ausland die vom Inland ausgehende Vollstreckung nicht respektiert. — Öffentliche Zustellung an den Drittschuldner giebt es nicht (arg. § 186 Abs. 1 ad v. „Partei").

b) Sodann ist dem Schuldner, und wenn ein Prozeßbevollmächtigter des Schuldners bestellt ist, diesem Prozeßbevollmächtigten (arg. §§ 77, 162, 163) Abschrift des Beschlagnahmebeschlusses und der über die Zustellung an den dritten errichteten Urkunde zuzustellen. Auch diese Zustellung geschieht auf Betreiben des Gläubigers, nicht von Amtswegen. Aber das Gesetz gebietet dem GV., welcher dem Drittschuldner zugestellt hat, die sofortige Zustellung an den Schuldner. Das gleiche Gebot trifft den Gerichtsschreiber, wenn die Zustellung an den Drittschuldner auf unmittelbares Ersuchen des Gerichtsschreibers durch die Post erfolgt (§ 179). Besorgt der GV. auf Ersuchen des Gerichtsschreibers die Zustellung durch die Post, so hat ersterer für die Zustellung an den Schuldner zu sorgen. Erfolgt die Zustellung an den Drittschuldner gemäß §§ 182—185, so bleibt es bei der Regel, d. i. der Gläubiger hat für die Zustellung zu sorgen (§ 152). — Die Zustellung an den Schuldner unterbleibt, wenn dessen Aufenthalt unbekannt ist; sie erfolgt durch Aufgabe zur Post (vgl. § 161), wenn sie im Auslande zu bewirken wäre.

4. Zu Abs. 3: a) Die Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner begründet für den Gläubiger ein Pfandrecht an der Forderung; dieses Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht allen im Konkurse den Faustpfandrechten nicht gleichgestellten Pfand- und Vorzugsrechten vor. Wie sich die Rechtsstellung eines Forderungspfandgläubigers gegenüber dem Schuldner und dem Drittschuldner gestaltet, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen. Nach gem. Recht (l. 4 C. quae res pign. 8, 16) ist die Zahlung, welche der Drittschuldner nach der Benachrichtigung von der Entstehung des Pfandrechts an den Schuldner (exequendus) leistet, dem Pfandgläubiger gegenüber bedeutungslos. Das Gleiche gilt von

anderen Liberationsgeschäften (Nachlaßvertrag, Abrechnung) und von Stundungsverträgen mit dem Schuldner. Die Benachrichtigung des Drittschuldners fällt regelmäßig, aber wegen der Möglichkeit einer Ersatzzustellung nicht immer, mit der Entstehung des Pfandrechts zusammen. — Über die Wirkung der Benachrichtigung von bevorstehender Pfändung s. § 744.

b) Die Zustellung an den Schuldner ist nicht wesentlich für die Entstehung des Pfandrechts [vgl. RG. 31. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 125 S. 420]. Ist sie dem Gesetze zuwider unterblieben, so haftet der Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber dem Schuldner für den daraus entstehenden Schaden. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner ohne vorherige Zustellung an den Drittschuldner ist keine Pfändung. Die Wirkung des dem Schuldner zugestellten Verfügungsverbots ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen [vgl. RG. 31. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 125 S. 421.] Nach gem. Recht (l. 12 D. de usurp. 41, 3; l. 7 § 5 D. pro emt. 41, 4) ist die dem richterlichen Verbot zuwider vorgenommene Veräußerung unwirksam, wenn der Erwerber das Verbot gekannt hat. Die Wirkung des Verfügungsverbots tritt hervor, wenn keine oder keine ordnungsmäßige Zustellung des Beschlagnahmebeschlusses an den Drittschuldner voranging; war der Beschlagnahmebeschluß dem Drittschuldner ordnungsmäßig zugestellt, so bewirkt schon das Pfandrecht, daß die Verfügungen des Schuldners dem Pfandgläubiger gegenüber wirkungslos bleiben.

5. Über die Pfändung von deponiertem Geld vgl. Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 301 ff. Drittschuldner ist die Depositalbehörde. Über die Pfändung von Ansprüchen auf Sachen, welche im Strafverfahren beschlagnahmt sind vgl. RG. 18. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1172.

6. Auch eine Forderung des Exequendus gegen den Gläubiger kann gepfändet werden. Der Gläubiger läßt den Pfändungsbeschluß sich selbst zustellen und sich die Forderung überweisen. Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner nach Analogie des § 754 genügt bei Geldforderungen nicht. [Vgl. RG. 11. Nov. 1887 Entsch. XX Nr. 84 S. 365 ff., ferner die Mot. S. 135, wo von Arrest auf eine zum getrennten Prozeß verwiesene Kompensationsforderung die Rede ist, RG. Entsch. VI S. 279, VII S. 331, XVII S. 292 ff., Wilm. Levy N. 10, Eccius Förster pr. PrR. 5. Aufl. I § 92 N. 25, Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 11 N. *, Korn Ztschr. f. d. CPr. XI S. 294. AM. Struckm. Koch N. 9, Jastrow Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 461 ff., Hergenhahn Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 610 ff.]. Durch die zu Gunsten des Schuldners erfolgte Pfändung seiner eigenen Forderung wird das Recht des Gläubigers, die Zahlung der Schuld zu gerichtlichem Depositum zu verlangen, nicht ausgeschlossen [RG. 13. Apr. 1887 Entsch. XVII Nr. 65 S. 292 ff.].

§ 731.

Inwieweit die Pfändung einer Forderung in das Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintragung zu erwirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

Mot. S. 433. KPr. S. 398, 572.

1. Die Pfändung einer Hypothekenforderung erfolgt nach § 730 und, wenn der Hypothekenbrief durch Indossament übertragbar ist, nach § 732, die Überweisung nach § 736. Die Landesgesetze können bestimmen, daß die Eintragung der Pfändung in das Hypothekenbuch hinzukommen muß, um die Pfändung dritten gegenüber wirksam zu machen. Wie die Eintragung zu erwirken ist, ob durch Requisition des Vollstreckungsgerichts oder direkt bei der Hypothekenbehörde, bestimmen gleichfalls die Landesgesetze.

Preuß. AG. z. CPrO. § 16, bayer. AG. z. CPr. Art. 25, sächs. Ges. v. 4. März 1879 §§ 4 ff. und VO. v. 16. Sept. 1879, württ. AG. z. CPrO. Art. 25, oldenb. AV. v. 10. April 1879 Art. 50, meckl.-Schw. und Str. AV. § 12, sachs.-Weim. AG. z. CPrO. § 7. anh. AG. §§ 10–12, braunschw. AG. §§ 2, 3, 5, sachs.-Alt. AG. §§ 10

bis 14, sachs.-Cob.-G. AG. § 10, sachs.-Mein. AG. § 8, Reuß ä. L. Ges. v. 3. Mai 1879 §§ 23—31, 52, 53, Reuß j. L. AG. § 9, lipp. AG. § 9, schaumb.-L. AG. § 58, hamb. AG. § 17.

2. Eine Grundschuld wird durch Blankoabtretung (Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872) kein indossables und auch kein Inhaberpapier [RG. 11. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 51 S. 176 ff.]. Die Pfändung einer Grundschuld mit Blankoabtretung erfolgt daher nach §§ 730, 731. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 zu § 732, Voß Beitr. z. Erl. d. DR. XXVII S. 822 ff., RG. 12. Febr. 1888 Entsch. XX Nr. 69 S. 308. AM. Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 306 ff., v. Bülow S. 536.]

§ 732.

Die Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher diese Papiere in Besitz nimmt.

Mot. S. 433. KPr. S. 398, 572.

1. Da bei Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren (HGB. Art. 301, 302, 304) der Drittschuldner nur dem durch das Papier legitimierten Gläubiger zu zahlen oder zu leisten verpflichtet ist (WO. Art. 36, 39, HGB. Art. 303. 305), so kann nur die Inbesitznahme der Papiere wie bei körperlichen Sachen eine wirksame Pfändung darstellen (Mot. z. Entw. I S. 405). Die Besitzergreifung kann nur durch Wegnahme erfolgen; im Gewahrsam des Schuldners können die Papiere nicht belassen werden. — Von der Pfändung ist gemäß § 712 Abs. 3 der Schuldner in Kenntnis zu setzen (vgl. Pr. GA. f. GV. § 82 Abs. 2). Die Anschlußpfändung erfolgt nach § 727.

2. Zur Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren bedarf es nicht der gerichtlichen Ermächtigung [vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 u. a. AM. Förster N. 2, Planck I S. 141 N. 50 in Mißverständnis des § 729]. Ein an den Drittschuldner gerichtetes Verbot, an den Schuldner zu zahlen, wäre zwecklos. Die Erlassung eines Verfügungsverbotes an den Schuldner soll nach den Mot. S. 433 nicht ausgeschlossen sein. Aber im Gesetze ist kein Anhaltspunkt dafür.

3. Auf die Verwertung der Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren finden die §§ 736—743, 745, 746, 748, 750, 751 Anwendung. Es sind daher Wechsel- und andere Geldforderungen aus indossablen Papieren dem Gläubiger durch Gerichtsbeschluß zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zu überweisen. Der Verkauf kann nur unter den Voraussetzungen des § 743 stattfinden. Dies gilt auch von Wechseln mit Blankoindossament; denn das Blankoindossament macht den Wechsel nicht zu einem Wertpapier im Sinne des § 722. In der JK. d. RT. wurde seitens eines Reg.-Komm. geäußert, Wechsel mit Blankoindossament seien als Inhaberpapiere anzusehen (KPr. S. 400); wollte damit die Verwertbarkeit nach § 722 behauptet werden, so ist die Ansicht eben falsch; dies beweist die Stellung des den Blankowechsel mitumfassenden § 732 unter „Zwangsvollstreckung in Forderungen". — Wegen Pfändung von in blanko abgetretenen Grundschulden s. Bem. Nr. 2 zu § 731. — Auf die Pfändung von Konossements, Ladescheinen, Lagerscheinen (warrants) findet gemäß § 745 der § 732 Anwendung. Die Pfändung erfolgt daher durch Besitzergreifung der Papiere. Das weitere Verfahren modifiziert sich nach §§ 746, 748; Überweisung an Zahlungsstatt ist ausgeschlossen.

§ 733.

Das Pfandrecht, welches durch die Pfändung einer Gehaltsforderung oder einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung er-

worben wird, erstreckt sich auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge.

Mot. S. 433. KPr. S. 398, 572.

Eine Gehalts- oder ähnliche in fortlaufenden Bezügen bestehende Forderung wird als ein Ganzes behandelt; deshalb erstreckt sich die Wirkung der Pfändung auf die noch nicht fälligen Raten.

§ 734.

Durch die Pfändung eines Diensteinkommens wird auch dasjenige Einkommen betroffen, welches der Schuldner infolge der Versetzung in ein anderes Amt, der Übertragung eines neuen Amts oder einer Gehaltserhöhung zu beziehen hat.

Diese Bestimmung findet auf den Fall der Änderung des Dienstherrn keine Anwendung.

Mot. S. 433. KPr. S. 398, 572.

§ 734 ist anwendbar sowohl auf das Diensteinkommen wie auf die Pension der in § 749 Nr. 5—8 genannten öffentlichen Bediensteten, dann auf das Diensteinkommen der im Privatdienst dauernd angestellten Personen (§ 749 Abs. 3), jedoch immer nur unter der Voraussetzung, daß der Drittschuldner derselbe bleibt. Der § 734 ist z. B. nicht anwendbar, wenn ein Gemeindebeamter Staatsbeamter wird. — Auch der Fall, daß an die Stelle des Diensteinkommens ein Pensionsbezug tritt (oder umgekehrt), ist durch § 734 gedeckt. — Für den Fall einer Gehaltserhöhung ergiebt § 734, daß die Pfändung sich von selbst auf die dem erhöhten Gehalt entsprechende Quote erstreckt.

§ 735.

Vor der Pfändung ist der Schuldner über das Pfändungsgesuch nicht zu hören.

Mot. S. 433. KPr. S. 398, 572.

Benachrichtigung des Schuldners von dem Pfändungsgesuch vor der Pfändung brächte die Gefahr, daß der Schuldner durch Disposition über die Forderung die Pfändung vereitele. Nach der Pfändung und vor der Überweisung kann der Schuldner, wenn die Umstände dies erheischen, gehört werden.

§ 736.

Die gepfändete Geldforderung ist dem Gläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerte zu überweisen.

Im letzteren Falle geht die Forderung auf den Gläubiger mit der Wirkung über, daß derselbe, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist.

Die Bestimmungen des § 730 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung.

Mot. S. 433, 434. KPr. S. 398, 572.

1. Die Motive bemerken: „Durch die Fassung ist die der Veräußerung körperlicher Sachen entsprechende Überweisung der gepfändeten Forderung von dem Akte der Pfändung getrennt gehalten, um letzteren ohne Einschränkung bei der Lehre vom Arreste (§ 810) verwerten zu können. Der Sache nach brauchen beide Akte nicht getrennt zu geschehen. Die Überweisung als Akt der Zwangsvollstreckung entspricht der gemeinrechtlichen Gestattung der actio utilis zur Einklagung einer verpfändeten Forderung. Es ist

jedoch vermieden, dem Akte die Natur eines bestimmten Rechtsgeschäfts beizulegen und das aus demselben entstehende Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner anders als in seinen Wirkungen zu bezeichnen. (Das preuß. Gesetz v. 4. Juli 1822 § 3 bezeichnet den Akt als Assignation.)

Bei der der Pfändung beigelegten Wirkung kann es fraglich erscheinen, ob neben der Überweisung zur Einziehung die Überweisung an Zahlungsstatt, welche als datio in solutum die sofortige Befriedigung des Gläubigers zur Folge hat, beizubehalten sei. Allein der Gläubiger kann ein Interesse daran haben, in ein Schuldverhältnis, namentlich wenn es auf längere Dauer berechnet ist, ohne Lösung desselben als Gläubiger einzutreten, so daß er insbesondere in den Stand gesetzt wird, über die erworbene Forderung in einer für den Verkehr geeigneten Weise durch Cession zu verfügen. Das Interesse des Schuldners an baldiger definitiver Befreiung von seiner Schuld trifft hierbei mit dem des Gläubigers zusammen. Im Wege des Zwanges kann eine solche Überweisung nur zum Nennwerte erfolgen; gütliche Übereinkunft der Parteien über andere Maßregeln wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Daß der Gläubiger, wenn die Forderung nicht zu deren ganzem Betrage zu pfänden und zu überweisen ist, für den ihm zukommenden Teil das Vorzugsrecht vor dem Überreste beanspruchen kann, folgt daraus, daß der Gläubiger jeden beliebigen Teil der Forderung zum Gegenstande der Vollstreckung machen kann, von selbst und bedarf daher keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze."

2. Der Gläubiger kann bei dem Vollstreckungsgericht (§ 729 Abs. 2) zugleich die Erlassung des Beschlagnahme- (§ 730 Abs. 1) und des Überweisungsbeschlusses (§ 736 Abs. 1) beantragen, dann kann das Gericht die Beschlagnahme und die Überweisung beschließen, der Gläubiger kann die beiden Beschlüsse dem Drittschuldner und dem Schuldner in je einem Akte zustellen lassen. Die Überweisung **kann** aber auch **nach** vollzogener Pfändung beantragt werden. Bei Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren (§ 732) ist der Überweisungsbeschluß erst möglich, **nachdem** Pfändung durch Besitzergreifung stattgefunden hat.

3. Über die Form des Überweisungsantrags s. Bem. Nr. 1 zu § 729, wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden. Ist der Pfändungs- und der Überweisungsantrag verbunden, so führt § 735 dazu, daß die Entscheidung über den letzteren auszusetzen ist, **wenn** das Gericht für nötig hält, den Schuldner vor der Überweisung zu hören. Auf die Zustellung des Überweisungsbeschlusses sowie einer den Überweisungsantrag ablehnenden Entscheidung finden die in Bem. Nr. 2 litt. b und Bem. Nr. 3 zu § 730 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. — Gegen den Überweisungsbeschluß steht dem Schuldner, gegen die abweisende Entscheidung dem Gläubiger die sofortige Beschwerde zu (§ 701).

4. Die Überweisung erfolgt mit der Aushändigung des gerichtlichen Überweisungsbeschlusses an den Gläubiger, falls die Pfändung vorangegangen war. Dies folgt aus § 737 Abs. 1; denn die Überweisung ersetzt die Erklärung des Schuldners; wie bei der vertragsmäßigen Überweisung die Erklärung des Überweisenden bei vorangegangenem Überweisungsbegehren die Überweisung bewirkt, so hier der Beschluß des Gerichts. [So jetzt auch Struckm. Koch (5. Aufl.) N. 8 zu § 737, Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 205. Unrichtig Hellmann Komm. III S. 102.] Ist die Beschlagnahme und die Überweisung gleichzeitig verfügt, so kann die Überweisung erst vom Vollzuge der Pfändung (§ 730 Abs. 3) an wirken.

5. **Überweisung zur Einziehung.** [Litteratur: Kübel württ. GBl. XIII S. 42 ff., Hellwig a. a. O. S. 100 ff., Mandry der civilrechtl. Inhalt zc. 3. Aufl. S. 343, 361 ff., Kohler Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIV S. 25.] Die Überw. z. Einz. ist gerichtliche Konstatierung der dem Gläubiger kraft seines Pfandrechts zustehenden Befugnis zur Einziehung der gepfändeten Forderung. Das Rechtsverhältnis, vermöge dessen dem Gläubiger die Einziehungsbefugnis zusteht, ist das mit der Pfändung (§ 730 Abs. 3) entstandene Pfandrecht; denn der

aus dem materiellen Recht zu entnehmende Begriff eines Pfandrechts an Forderung schließt die Einziehungsbefugnis bereits in sich (Ausnahme bei Arrestpfandrecht). Die Überw. z. Einz. ist prozessualisch notwendig, um den Gläubiger zu Zwangsmaßregeln gegen den Drittschuldner zu legitimieren; aber sie ist nicht Konstituierung eines neuen, sondern Konstatierung eines bestehenden Rechts. Folglich sind für die wechselseitigen Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger, Schuldner und Drittschuldner auch nach der Überw. z. Einz. die Regeln maßgebend, welche für die Rechtsverhältnisse zwischen Verpfänder, Pfandnehmer und Drittschuldner gelten. Der Schuldner bleibt Gläubiger des Drittschuldners [vgl. RG. 15. Febr. 1884 Entsch. XI Nr. 13 S. 51, 10. Juni 1887 XVIII Nr. 90, S. 399], aber der Drittschuldner kann sich, nachdem er von der Pfändung Kenntnis erhalten, nicht mehr durch Zahlung an den Schuldner (seinen Gläubiger) befreien; empfangsberechtigt ist der Pfandgläubiger; dieser ist befugt, die gepfändete Forderung insoweit geltend zu machen, als es zur Deckung seiner Forderung nötig ist. [Hellwig a. a. O. S. 172 nimmt Beitreibungsbefugnis bezüglich der ganzen Forderung an.] Daraus, daß der Pfandgläubiger nicht die ganze Gläubigerposition gegenüber dem Drittschuldner hat, folgt, daß er nicht befugt ist, bezüglich der verpfändeten Forderung Nachlaß oder Stundung mit Wirkung gegen den Schuldner zu gewähren oder einen Vergleich zu schließen [OLG. Hamburg SA. XXXVIII Nr. 79], und daß er kein selbständiges Stimmrecht im Konkurse des Drittschuldners betreffs eines Zwangsvergleichs hat [bayer. o. LG. SA. XXXVI Nr. 248]; andererseits folgt aus der Beitreibungsbefugnis die Berechtigung zur Nebenintervention im Prozesse des Schuldners gegen den Drittschuldner. Dem Pfandgläubiger können alle Einwendungen entgegengesetzt werden, welche vor der Pfändung entstanden sind [vgl. RG. 14. Febr. 1883 SA. XXXVIII Nr. 287, wo übrigens irrtümlich der Zeitpunkt der Überweisung statt der Pfändung als entscheidend angenommen wird]. Er kann sich solchen Einwendungen gegenüber nicht auf seinen guten Glauben an die Grund- oder Hypothekenbuchseinträge berufen [vgl. Regelsberger Bl. f. RA. XXXVII S. 77. AM. Bl. f. RA. LII S. 305 ff.]; die Beschränkungen der Verteidigung, welche sich aus WO. Art. 82 und HGB. Art. 303 Abs. 2 ergeben, sind bei dieser Überweisung nicht anwendbar, der Gläubiger muß sich auch die Einwendungen aus der Person des Schuldners gefallen lassen. Der Gläubiger ist durch die Überweisung zur Einziehung noch nicht befriedigt. Erst was er zufolge der Überweisung vom Drittschuldner erhält, verwendet er zu seiner Befriedigung, indem er erhaltenes Geld an seiner Forderung abrechnet, andere Sachen aber zur Veräußerung und den Erlös in Abrechnung bringt. Erhält der Gläubiger von dem Drittschuldner nichts, so wird nichts abgerechnet; sein Anspruch gegen den Schuldner besteht nach wie vor. Wegen der Verpflichtung zur Streitverkündung s. § 740. — Über die Überweisung eines von Gegenleistungen abhängigen Forderungsrechts vgl. RG. 21. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 116 S. 378 ff.

6. Überweisung an Zahlungsstatt [vgl. Hellwig a. a. O. S. 203 ff.] ist nur bei Geldforderungen möglich (§ 745). Sie bringt den Gläubiger in die Stellung eines Cessionars. Der Gläubiger ist, soweit die Forderung besteht, mit seiner Forderung befriedigt, ohne Rücksicht darauf, ob der überwiesene Drittschuldner zahlungsfähig ist oder nicht. Die Befriedigung tritt ein mit der Überweisung (s. Bem. Nr. 4). Der Gläubiger ist befugt, in jeder Weise, also auch durch Vergleich oder Nachlaßvertrag, über die Forderung zu verfügen; aus der Person des Schuldners können ihm nur die vor der Pfändung entstandenen Einwendungen entgegengesetzt werden; er kann sich auf guten Glauben an die Grund- und Hypothekenbuchseinträge berufen, soweit dies nach Landesrecht dem Cessionar gestattet ist. Ist eine Forderung aus einem Wechsel oder einem anderen indossablen Papiere überwiesen, so erlangt der Gläubiger nicht die Stellung eines Indossatars, sondern eines Cessionars; daher kann der Drittschuldner die vor der Pfändung gegen den Schuldner entstandenen Einwendungen auch

hier dem Gläubiger entgegensetzen, daher ist nicht von einem wechselmäßigen Regreß gegen den Exequendus die Rede. Mit der Überweisung gehen accessorische Rechte (Pfandrecht, Anspruch gegen den Bürgen ꝛc.) auf den Gläubiger über.

Soweit die überwiesene Forderung nicht besteht, ist die Forderung des Gläubigers nicht getilgt. Dies ergiebt sich aus dem Gesetzestext „soweit — besteht" p. arg. a contr., aber auch aus den Grundsätzen des materiellen Rechts. Zwar ist nach gem. Recht bestritten, ob im Falle der Eviktion der an Zahlungsstatt gegebenen Sache der Gläubiger einen Eviktionsanspruch habe (l. 28 pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 4 C. de evict. 8, 44) oder ob die ursprüngliche Forderung wieder auflebe (l. 46 pr. § 1 D. de sol. 46, 3; l. 8 C. de sent. et interl. 7, 45) oder ob der Gläubiger die Wahl zwischen den beiden Ansprüchen habe, was die meisten neueren Schriftsteller mit Recht annehmen [Römer Hingabe an Zahlungsstatt S. 43, Windscheid II § 342 N. 14]. Wie man sich zu dieser Streitfrage stellen mag, darüber kann kein Zweifel sein, daß der Anspruch des Gläubigers nicht getilgt wird, wenn das Objekt der datio in solutum überhaupt nicht existiert. Nicht anders steht die Sache nach dem preuß. Landrecht; denn die Vorschrift des ALR. I 16 § 243 paßt nicht auf die Überlassung einer Forderung an Zahlungsstatt. — Aus der Fortdauer des Anspruchs des Gläubigers folgt, daß dieser kraft seines Vollstreckungstitels weitere Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben kann, wenn sich die Nichtexistenz der Forderung herausstellt. Ist die vollstreckbare Ausfertigung dem Schuldner ausgeliefert, wozu übrigens keine Verpflichtung besteht, so kann der Gläubiger eine zweite vollstreckbare Ausfertigung verlangen (§ 669).

§ 737.

Die Überweisung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist.

Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben. Die Herausgabe kann von dem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden.

Mot. S. 434. KPr. S. 399, 400, 572.

1. Zu Abs. 1: Vgl. Hellwig a. a. O. S. 116. Der gerichtliche Überweisungsbeschluß wirkt wie eine dem Inhalte des Beschlusses entsprechende Überweisungserklärung des Schuldners; wenn für letztere eine Form, z. B. Schriftlichkeit, gerichtliche oder notarielle Verlautbarung ꝛc., erforderlich ist, so wirkt der Beschluß wie eine in diesen Formen abgegebene Erklärung. — Was speziell die Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren betrifft, so war in dem Entwurfe bestimmt, daß der Überweisungsbeschluß das Indossament des Schuldners ersetze. Diese Bestimmung wurde in der JK. d. RT. gestrichen, weil man nicht wollte, daß der Gläubiger, welchem die Forderung überwiesen sei, mehr Rechte und Pflichten haben solle, als der Exequendus. Dies würde aber der Fall sein, wenn der Gläubiger in die Stellung des Indossatars käme, weil der Drittschuldner in seinen Einwendungen gegen den Indossatar gemäß WO. Art. 82 und HGB. Art. 303 Abs. 2 beschränkt ist. Nach der Lage des Gesetzes ist der Gläubiger, welchem die Forderung aus einem indossablen Papiere überwiesen ist, entweder Einziehungsbevollmächtigter oder Cessionar, woraus sich die in Bem. Nr. 5 u. 6 zu § 737 entwickelten Folgerungen ergeben.

2. Zu Abs. 2: Wird in dem Überweisungsbeschluß dem Schuldner geboten, gewisse Urkunden an den Gläubiger herauszugeben, so ist dieser Beschluß Titel zur Zwangsvollstreckung nach § 769. Enthält der Überweisungsbeschluß jenes Gebot nicht, so kann ein besonderer Beschluß erlassen werden. Befinden sich dergleichen Urkunden im Gewahrsam eines dritten,

so kann der Gläubiger gegen den dritten auf Herausgabe der Urkunden klagen, ohne daß ihm der Anspruch auf Herausgabe überwiesen ist [vgl. OLG. Braunschweig SA. XLI Nr. 317].

§ 738.

Ist in Gemäßheit des § 652 Abs. 2 dem Schuldner nachgelassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, so findet die Überweisung gepfändeter Geldforderungen nur zur Einziehung und nur mit der Wirkung statt, daß der Drittschuldner den Schuldbetrag hinterlege.

KPr. S. 368—370, 572.

Vgl. §§ 716 Abs. 2, 720 nebst den Bemerkungen. Bezüglich des vom Drittschuldner hinterlegten Schuldbetrags findet Bem. Nr. 4 litt. a zu § 709 entsprechende Anwendung.

§ 739.

Auf Verlangen des Gläubigers hat der Drittschuldner binnen zwei Wochen, von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an gerechnet, dem Gläubiger zu erklären:

1) ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei;
2) ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen;
3) ob und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei.

Die Aufforderung zur Abgabe dieser Erklärungen muß in die Zustellungsurkunde aufgenommen werden. Der Drittschuldner haftet dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung seiner Verpflichtung entstehenden Schaden.

Die Erklärungen des Drittschuldners können bei Zustellung des Pfändungsbeschlusses oder innerhalb der im ersten Absatze bestimmten Frist an den Gerichtsvollzieher erfolgen. Im ersteren Falle sind dieselben in die Zustellungsurkunde aufzunehmen und von dem Drittschuldner zu unterschreiben.

Mot. S. 434, 435. KPr. S. 400, 401, 572.

1. Der auf Nichterfüllung der prozessualischen Erklärungspflicht des Drittschuldners gesetzte Rechtsnachteil ist Verbindlichkeit zum Schadensersatz, nicht, wie nach c. de proc. art. 570 ff., die Fiktion der Anerkennung der Schuld. Schaden kann durch die Kosten eines unnützen Prozesses gegen den Drittschuldner oder auch durch Versäumung anderer Vollstreckungsmaßregeln entstehen.

2. Zu Nr. 1: Die anerkennende Erklärung ist außergerichtliches Anerkenntnis und kann als solches in dem Prozesse gegen den Drittschuldner verwertet werden.

3. Zu Nr. 3: Wegen Pfändung derselben Forderung für mehrere Gläubiger sieh § 750.

4. Zu Abs. 2 und 3: Die Aufforderung erfolgt mündlich durch den GV. und muß in die Urkunde über Zustellung des Pfändungsbeschlusses (§ 730) an den Drittschuldner aufgenommen werden. Daß der Postbote die Aufforderung erlasse, ist nicht vorgesehen; es ist daher die Zustellung durch die Post nicht zulässig, wenn der Gläubiger die Aufforderung des Drittschuldners zur Erklärung verlangt (vgl. preuß. GA. f. GV. § 90 Abs. 1). Bei Zustellungen im Auslande ist die thatsächliche Ausführbarkeit des § 739 insofern zweifelhaft, als

es fraglich ist, ob die von dem inländischen Gericht ersuchte Behörde des Auslandes ihr Zustellungsorgan zu der dem § 739 entsprechenden Aufforderung und zur Entgegennahme der Erklärungen ermächtigt. Geschieht dies aber, so genügt die dem ausländischen Vollstreckungsbeamten gegenüber abgegebene Erklärung dem inländischen Gesetze. Eine andere Frage ist, ob der im Ausland befindliche Drittschuldner bei Unterlassung der Erklärung zum Schadensersatz verpflichtet wird. Diese Frage ist nach ausländischem Recht zu beurteilen; denn der ausländische Drittschuldner ist dem inländischen Prozeßrecht nicht unterworfen.

§ 740.

Der Gläubiger, welcher die Forderung einklagt, ist verpflichtet, dem Schuldner gerichtlich den Streit zu verkünden, sofern nicht eine Zustellung im Ausland oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird.

Mot. S. 435. KPr. S. 401, 407, 572.

1. Die Verpflichtung zur Streitverkündung (§ 69 ff.) besteht sowohl bei Überweisung zur Einziehung wie bei Überweisung an Zahlungsstatt. Auch bei letzterer hat der Schuldner ein Interesse, in dem Prozesse gegen den Drittschuldner dem Gläubiger zum Beweise der Existenz der Forderung behülflich zu sein, da die Existenz derselben die Voraussetzung seiner eigenen Befreiung ist (s. Bem. Nr. 6 zu § 736).

2. Erfüllt der Gläubiger die Verpflichtung zur Streitverkündung, so kommen die Vorschriften des § 71 Abs. 3 vgl. mit § 65 zur Anwendung. Welche Folgen die Unterlassung der Streitverkündung nach sich zieht, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen; vgl. Bem. Nr. 5 zu § 69. Die entsprechende Anwendung der dort für den Eviktionsfall entwickelten Sätze ergiebt: bei Unterlassung der Streitverkündung gilt der Verlust des Prozesses als durch den Gläubiger verschuldet, bis dieser beweist, daß der Prozeß auch mit Hülfe des Schuldners nicht zu gewinnen gewesen wäre. Aus dem Verschulden des Gläubigers entsteht ein Anspruch des Schuldners auf das Interesse, welches der Höhe der im Prozeß verlorenen Forderung gegen den Drittschuldner entspricht. Die Interesseforderung kann entweder durch gewöhnliche Klage geltend gemacht oder auch zur Begründung der Widerspruchsklage gegen die weitere Vollstreckung nach § 686 benützt werden. Diese Rechtslage tritt sowohl bei Überweisung zur Einziehung wie bei Überweisung an Zahlungsstatt ein. Auch der Gläubiger, welchem eine Forderung an Zahlungsstatt überwiesen ist, ist nicht auf den Weg der Eviktionsklage gedrängt [wie v. Sarwey II S. 223 irrtümlich annimmt], sondern kann, wenn die überwiesene Forderung aberkannt ist, weitere Exekution betreiben und abwarten, ob der Schuldner Klage nach § 686 erhebt.

Cessiert nach § 740 die Verpflichtung zur Streitverkündung, so kann dem Gläubiger die Unterlassung nicht als Verschulden angerechnet werden; aber daraus folgt noch nicht, daß der Schuldner dem Gläubiger gegenüber in die gleiche Lage käme, wie wenn der Streit verkündet worden wäre. Vielmehr steht die Sache so: ist der Streit verkündet worden — und die Befugnis dazu ist auch in den Fällen, wo keine Verpflichtung besteht, vorhanden — so kann der Litisdenunciant die Behauptung, daß der Prozeß unrichtig entschieden oder mangelhaft geführt worden sei, durch Hinweis auf § 71 Abs. 3 (cf. § 65) parieren. Wurde aber der Streit nicht verkündet, so kann zwar der Schuldner die Unterlassung nicht als Verschuldung verwerten, aber ebensowenig kann der Gläubiger die Behauptung, daß der Prozeß unrichtig entschieden oder mangelhaft geführt wurde, durch Verweisung auf § 71 Abs. 3 parieren.

Die Rechtskraft des gegen den Gläubiger erstrittenen Urteils kann gegen den Schuldner geltend gemacht werden, einerlei ob Streitkündung stattfand oder nicht (vgl. KPr. S. 407).

3. Die Kosten eines erfolglosen Prozesses — im Falle der Überweisung zur Einziehung auch die Kosten einer erfolglosen Zwangsvollstreckung — gegen den Drittschuldner sind Kosten der Zwangsvollstreckung. Zum Ersatz ist der Schuldner verpflichtet, soweit dieselben notwendige Kosten im Sinne des § 87 sind. Darüber steht dem Vollstreckungsgericht die Kognition zu (§ 685 Abs. 2).

§ 741.

Der Gläubiger, welcher die Beitreibung einer ihm zur Einziehung überwiesenen Forderung verzögert, haftet dem Schuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Mot. S. 435. KPr. S. 401, 402, 572.

Ist die Forderung dem Gläubiger überwiesen, so hat der Schuldner kein Klagerecht gegen den Drittschuldner mehr. Derselbe kann also auch im Verzögerungsfall keine Klage gegen den Drittschuldner auf Zahlung an den Schuldner oder auf Hinterlegung erheben. Ein Antrag, letzteres zu gestatten, wurde in der JK. d. RT. abgelehnt. Der Anspruch auf Schadensersatz kann sowohl im Wege gewöhnlicher Klage als zum Zwecke der Aufrechnung mittels Widerspruchsklage nach § 686 geltend gemacht werden.

§ 742.

Der Gläubiger kann auf die durch Pfändung und Überweisung zur Einziehung erworbenen Rechte unbeschadet seines Anspruchs verzichten. Die Verzichtleistung erfolgt durch eine dem Schuldner zuzustellende Erklärung. Die Erklärung ist auch dem Drittschuldner zuzustellen.

Mot. S. 435. KPr. S. 402, 572.

1. Durch die Überweisung zur Einziehung ist der Gläubiger nicht befriedigt. Derselbe kann daher auf das Pfandrecht an der Forderung und auf dessen Konsequenz, die Ermächtigung zur Einziehung, verzichten. Der Verzicht ist wirksam ohne Annahme. Aber derselbe muß schriftlich erklärt und die Erklärung muß dem Schuldner nach §§ 152 ff. zugestellt werden (nordd. Prot. IV S. 2044). Der Verzicht hebt die Wirkungen des Pfändungsaktes auf. [AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 1, Falkmann Zwangsvollstr. S. 276, welche einen Verzicht auf die Überweisung zur Einziehung ohne Verzicht auf das Pfandrecht zulassen. Dem widerspricht die in Bem. Nr. 5 zu § 736 dargelegte Bedeutung dieser Überweisung als Konstatierung der Einziehungsbefugnis.] Um Überweisung an Zahlungsstatt zu beantragen, braucht der Gläubiger nicht auf die Überweisung zur Einziehung zu verzichten. — Die Zustellung an den Drittschuldner ist nur Benachrichtigung von der Thatsache der Aufhebung der Pfändung.

2. Die Kosten der aufgehobenen Pfändung und der Aufhebung sind nach § 87 zu beurteilen; regelmäßig werden sie nicht zu den notwendigen Kosten gehören.

§ 743.

Ist die gepfändete Forderung eine bedingte oder eine betagte, oder ist ihre Einziehung wegen der Abhängigkeit von einer Gegenleistung oder aus anderen Gründen mit Schwierigkeiten verbunden, so kann das Gericht auf Antrag an Stelle der Überweisung eine andere Art der Verwertung anordnen.

Vor dem Beschlusse, durch welchen dem Antrage stattgegeben wird, ist

der Gegner zu hören, sofern nicht eine Zustellung im Ausland oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird.

Mot. S. 435. KPr. S. 402, 572.

1. „Aus anderen Gründen" — z. B. weil über das Vermögen des Drittschuldners der Konkurs eröffnet oder weil zur Zeit vom Drittschuldner Zahlung nicht zu erhalten ist.

2. Der Antrag auf andere Art der Verwertung als Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt kann vor oder nach der Überweisung zur Einziehung gestellt werden. Um dies auszudrücken, hat die Red.-Komm. d. JK. d. RT. die Worte: „die zur Einziehung überwiesene Forderung" in „die gepfändete Forderung" umgeändert. Nach der Überweisung an Zahlungsstatt kann ein Antrag auf andere Art der Verwertung nicht gestellt werden (arg. § 736 Abs. 2). — Der Antrag ist an das Vollstreckungsgericht (§ 729 Abs. 2) zu richten. Über die Form des Antrags vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 729. Das Gesuch kann ohne Gehör des Gegners (exequendus) abgewiesen, aber nicht ohne dessen Gehör bewilligt werden. Nur dann ist der Gegner nicht zu hören, wenn er sich im Auslande befindet — in diesem Fall ist auch nicht, wie in § 730 Abs. 2, Aufgabe zur Post vorgeschrieben — oder wenn sein Aufenthalt unbekannt ist. Der abweisende Beschluß ist nur dem Gläubiger, der bewilligende Beschluß ist beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen. Dem Gläubiger steht gegen Abweisung seines Antrags, dem Schuldner gegen dessen Bewilligung sofortige Beschwerde zu (§ 701).

3. „Eine andere Art der Verwertung" — z. B. Veräußerung durch freihändigen Verkauf zum Börsen- oder Marktpreise, insbesondere bei Wechselforderungen ausführbar, oder durch Versteigerung.

4. Über Einweisung in einen von Gegenleistungen abhängigen Anspruch vgl. RG. 21. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 116 S. 378 ff.

§ 744.

Schon vor der Pfändung kann der Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels durch den Gerichtsvollzieher dem Drittschuldner und dem Schuldner die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, zustellen lassen mit der Aufforderung an den Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen, und mit der Aufforderung an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Die Benachrichtigung an den Drittschuldner hat die Wirkung eines Arrestes (§ 810), sofern die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Benachrichtigung zugestellt ist.

Mot. S. 435. KPr. S. 402, 572.

1. „Auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels" — s. §§ 644, 702, 703, 706. Auch auf Grund eines Arrestbefehls (§§ 808, 809) könnte die Benachrichtigung erfolgen [vgl. RG. Entsch. VIII S. 417]; da aber Arrestbefehl und Beschlagnahmebeschluß, soweit es sich um die Arrestierung von Forderungen und anderen Vermögensrechten handelt, zusammenfallen [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. III S. 354 ff. AM. Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 328, Merkel Arrest S. 162 f. und Francke Mag. f. DR. d. G. II S. 151] und nach dem neuen Abs. 3 des § 809 die Pfändung selbst vor Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner erfolgen kann, so hat die Benachrichtigung keinen Zweck. Übrigens hat der Gerichtsvollzieher, welcher um Zustellung der Benachrichtigung angegangen wird, nicht zu

prüfen, ob der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel hat; denn es handelt sich bei dieser Zustellung noch nicht um den Beginn, sondern nur um die Vorbereitung einer Zwangsvollstreckung (vgl. preuß. GA. f. GV. § 93). Aber die ohne einen vollstreckbaren Titel erfolgte Benachrichtigung hat nicht die in Abs. 2 bezeichnete Wirkung; wird die Pfändung innerhalb der dreiwöchigen Frist bewirkt, so datiert das Pfandrecht doch von der Pfändung, nicht von der Benachrichtigung an.

2. Die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, muß die Forderung des Gläubigers bezeichnen; sonst würde der Zusammenhang zwischen dem Vorbereitungsakt und der Pfändung fehlen. Die Benachrichtigung samt der Aufforderung an den Drittschuldner muß in einem Schriftstück enthalten sein, von welchem der GV. dem Drittschuldner Abschrift zustellt. Neben der Zustellung an den Drittschuldner soll die Zustellung der Aufforderung an den Schuldner erfolgen; diese ist nicht wesentlich für die Wirkung der Benachrichtigung.

3. Bewirkt der Gläubiger innerhalb der dreiwöchigen Frist, die von den Parteien aber nicht vom Richter verlängert werden kann (arg. § 202), die Pfändung (§ 730 Abs. 3), so gilt die letztere als in dem Zeitpunkte der Benachrichtigung geschehen; d. h. der Gläubiger hat ein Pfandrecht, dessen Rang ex tunc datiert. Bewirkt der Gläubiger innerhalb der Frist die Pfändung nicht, so ist die Benachrichtigung bedeutungslos. Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners macht die Pfändung unmöglich [vgl. preuß. KG. Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 279. Unrichtig v. Völdernsdorff Ztschr. f. d. CPr. VI S. 168]. Innerhalb der dreiwöchigen Frist ist die Rechtswirkung in suspenso, die Bedingung — Pfändung innerhalb der Frist — ist eine aufschiebende. Während dieses Schwebezustandes kann der Drittschuldner an niemanden gefahrlos zahlen. Daraus folgt nach gem. Recht die Befugnis, sich durch Deposition zu befreien (vgl. Bem. Nr. 6 zu § 72).

4. Auf Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren ist § 744 nicht anwendbar. Diese Forderungen werden durch Inbesitznahme der Papiere gepfändet (§ 732); die Benachrichtigung könnte die Begebung dieser Papiere doch nicht verhindern und ist daher bedeutungslos. [So auch Struckm. Koch N. 2, A. Förster N. 9, v. Sarwey II S. 229. AM. Wilm. Levy N. 2 zu § 744, Gaupp III S. 329, Petersen S. 1032.]

§ 745.

Die Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, erfolgt nach den Vorschriften der §§ 730—744 unter Berücksichtigung der nachfolgenden Bestimmungen.

Mot. S. 436. KPr. S. 405, 572.

1. „Ansprüche, welche — zum Gegenstand haben" — sind hier den „Geldforderungen" der §§ 730 ff. einerseits und den „anderen Vermögensrechten" des § 754 andererseits gegenübergestellt. Einerlei ist, ob die Ansprüche dinglicher oder obligatorischer Natur, ob die körperlichen Sachen bewegliche oder unbewegliche sind. — Der Anspruch auf Herausgabe eines Gelddepots in specie fällt unter § 745.

2. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (in der Fassung des RG. vom 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31.

§ 746.

Bei der Pfändung eines Anspruchs, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, ist anzuordnen, daß die Sache an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben sei.

Auf die Verwertung der Sache finden die Vorschriften über die Verwertung gepfändeter Sachen Anwendung.

Mot. S. 436. KPr. S. 403, 572.

1. Die Anordnung, daß die Sache an einen von dem Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben sei, ist von dem Vollstreckungsgericht (§ 729 Abs. 2) zu erlassen; sie bildet eine notwendige Ergänzung des arrestatorium (§ 730 Abs. 1) und ist, wie dieses, dem Drittschuldner und dem Schuldner nach § 730 Abs. 2 zuzustellen. — Bei Pfändung von Forderungen aus indossablen Papieren (Konossements, Lagerscheinen) ist die Anordnung, daß die Sache an einen Gerichtsvollzieher herauszugeben sei, nach der Inbesitznahme der Papiere (§ 732) — vorher ginge die Anordnung ins Blaue — von dem Vollstreckungsgericht auf Antrag zu erlassen und vom Gläubiger nach § 730 Abs. 2 zuzustellen. Die Pfändung ist aber mit der Besitzergreifung vollendet. — Bei Pfändung eines Anspruchs auf Herausgabe einer Sache, welcher dem Schuldner und einem dritten gemeinschaftlich zusteht, ist nur der ideelle Anteil des Schuldners pfändbar und die Anordnung dahin zu erlassen, daß der vom Gläubiger zu beauftragende GV. zusammen mit dem dritten zum Empfang berechtigt sei; sonst hätte der dritte die Widerspruchsklage des § 690 [vgl. RG. 6. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 43 S. 176].

2. Welche Rechte der Gläubiger an den herausgegebenen Sachen hat, ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen. Gemeinrechtlich hat der Gläubiger ein Faustpfandrecht [vgl. Windscheid Pand. I § 239 N. 12, Mandry der civilrechtl. Inhalt 3. Aufl. S. 343 u. 381, RG. 30. Okt. 1884 Entsch. XIII Nr. 86 S. 344. AM. Hellwig a. a. O. S. 199 ff., welcher Eigentum des Gläubigers an den herausgegebenen Sachen annimmt.] Die Rangverhältnisse mehrerer Pfandrechte an diesen Sachen bestimmen sich nach der Zeit der Pfändung [vgl. Hellwig a. a. O. S. 198], aber das Pfandrecht, welches durch Pfändung der körperlichen Sachen (§ 712) vor deren Herausgabe entstanden ist, geht dem auf Grund der Anspruchspfändung und späteren Herausgabe entstandenen Pfandrecht vor [RG. Entsch. XIII S. 344 f.].

3. „Die Vorschriften über die Verwertung" — s. §§ 716—726.

§ 747.

Bei Pfändung eines Anspruchs, welcher eine unbewegliche Sache betrifft, ist anzuordnen, daß die Sache an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester herauszugeben sei.

Die Zwangsvollstreckung in die herausgegebene Sache wird nach den für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften bewirkt.

Mot. S. 436. KPr. S. 403, 572.

1. Auf die „Anordnung" findet die Bem. Nr. 1 zu § 746 entsprechende Anwendung. Zuständig zur Erlassung der Anordnung ist das Vollstreckungsgericht im Sinne des § 729 Abs. 2. Zur Bestellung des Sequesters ist dagegen das Amtsgericht der belegenen Sache (vgl. § 755) zuständig. Der Gläubiger muß bei diesem die Ernennung eines Sequesters beantragen und von der Ernennung den Schuldner benachrichtigen. Gehört die herauszugebende Sache dem Schuldner und einem dritten gemeinsam, so findet Bem. Nr. 1 g. E. zu § 746 entsprechende Anwendung.

Ausführungsbestimmungen zu § 747 enthalten: Preuß. AG. z. CPrO. § 17, Anhalt. AG. §§ 13—22, Sachs.-Cob.-G. AG. § 11, Sachs.-Mein. AG. § 9, Reuß j. L. AG. § 12, Schwarzb.-Rud. AG. § 11, Schwarzb.-Sond. AG. § 7

2. „Nach den — Vorschriften" — s. §§ 755. — Die Rechte des Gläubigers an der sequestrierten Sache sind nach dem materiellen Recht zu beurteilen.

3. § 747 ist auch anwendbar, wenn nach dem Landesgesetz (z. B. code civ. art. 526) Ansprüche auf Herausgabe unbeweglicher Sachen zum unbeweglichen Vermögen gehören.

§ 748.

Eine Überweisung der im § 745 bezeichneten Ansprüche an Zahlungsstatt ist unzulässig.

Mot. S. 436. KPr. S. 403, 572.

Die in § 745 bezeichneten Ansprüche haben keinen Nennwert. Deshalb ist Überweisung derselben an Zahlungsstatt nicht zulässig (Mot. S. 436).

§ 749.

Der Pfändung sind nicht unterworfen:

1) der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 (Bundes-Gesetzbl. 1869 S. 242 und 1871 S. 63);
2) die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen;
3) die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des notdürftigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf;
4) die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen;
5) der Sold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und der Soldaten;
6) das Diensteinkommen der Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppenteil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
7) die Pensionen der Witwen und Waisen und die denselben aus Witwen- und Waisenkassen zukommenden Bezüge, die Erziehungsgelder und die Studienstipendien, sowie die Pensionen invalider Arbeiter;
8) das Diensteinkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten; die Pension dieser Personen nach deren Versetzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt.

Übersteigen in den Fällen Nr. 7 und 8 das Diensteinkommen, die Pension oder die sonstigen Bezüge die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr, so ist der dritte Teil des Mehrbetrags der Pfändung unterworfen.

Der Gehalt und die Dienstbezüge der im Privatdienste dauernd angestellten Personen (§ 4 Nr. 4 des Reichsgesetzes v. 21. Juni 1869) sind nur soweit der Pfändung unterworfen, als der Gesamtbetrag die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr übersteigt.

In den Fällen der beiden vorhergehenden Absätze ist die Pfändung ohne Rücksicht auf den Betrag zulässig, wenn sie zur Befriedigung der Ehe-

frau und der ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente beantragt wird, welche für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, und der Servis der Offiziere, Militärärzte und Militärbeamten sind weder der Pfändung unterworfen noch bei der Ermittelung, ob und zu welchem Betrage ein Diensteinkommen der Pfändung unterliege, zu berechnen.

Mot. S. 436. KPr. S. 403—406, 572, 683, 718, 719.

1. Forderungen, welche ihrem Wesen nach oder ihres Inhaltes wegen nicht übertragbar sind, z. B. actiones vindictam spirantes, Forderungen, deren Leistungsinhalt sich durch Erfüllung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger verändern würde, können nicht gepfändet werden. [Vgl. Hellwig a. a. O. S. 76.] Weiter gehen die in § 749 enthaltenen, teils auf billiger Rücksichtnahme gegen den Schuldner, teils auf öffentlichem Interesse (Mot. S. 436) beruhenden Beschränkungen. Der Schuldner kann weder auf dieselben rechtswirksam verzichten, noch dieselben durch Vertrag ausschließen; vgl. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 715. Zur Durchführung des § 749 dient § 685, nicht Beschwerde; vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 715.

Die CPrO. schließt weder die freiwillige Abtretung und Verpfändung der bezeichneten Forderungen noch die Kompensation gegenüber denselben aus [Bl. f. RA. LIII S. 39]. Ob Abtretung und Verpfändung sowie Kompensation zulässig ist, richtet sich nach dem materiellen Recht [vgl. RG. 5. April 1881 Entsch. IV Nr. 42 S. 143.] Das bay. Ges. v. 18. Dez. 1887 (G.- u. VBl. S. 695) Art. 2 bestimmt:

„Soweit die in § 749 der CPrO. bestimmten Forderungen der Pfändung nicht unterworfen sind, findet vorbehaltlich der Bestimmungen der Reichsgesetze eine Übertragung oder Verpfändung derselben und bei den in Nr. 2, 3 des § 749 bezeichneten Forderungen auch eine Aufrechnung nicht statt. Die in Nr. 4 des § 749 bezeichneten Ansprüche dürfen nur auf geschuldete Beiträge aufgerechnet werden. Soweit die Übertragung und Verpfändung der Gehälter und Pensionen der Hof-, Staats- und Gemeindebeamten, öffentlichen Diener und Geistlichen zulässig ist, geschieht die Benachrichtigung der auszahlenden Kasse durch eine der Kasse auszuhändigende öffentliche Urkunde. Bei den Bezügen ihrer Witwen und Waisen ist jede Übertragung und Verpfändung ausgeschlossen."

Das aus einer unpfändbaren Forderung erhaltene Geld ist pfändbar [vgl. OLG. Bamberg Ztschr. f. d. CPr. VI S. 147], Ausnahme § 715 Nr. 7.

2. Zu Nr. 1: In Kraft bleibt § 4 Nr. 2 u. 3 des RG. v. 21. Juni 1869, wonach die Beschränkungen dieses Gesetzes nicht Anwendung finden auf die Beitreibung der direkten persönlichen Staatssteuern und Kommunalabgaben (die derartigen Abgaben an Kreis-, Kirchen-, Schul- und sonstige Kommunalverbände mit eingeschlossen), sofern diese Steuern und Abgaben nicht seit länger als drei Monaten fällig geworden sind, ferner auf die Beitreibung der auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentationsansprüche der Familienglieder — wozu außereheliche, nicht legitimierte Kinder nicht zu rechnen sind [so auch bayer. ob. GH. SA. XXXV Nr. 173]. Vgl. § 13 des EG. z. CPrO. Über Pfändbarkeit einer zur Abfindung von Ansprüchen auf Arbeits- oder Dienstlohn vereinbarten Vergleichssumme vgl. OLG. Hamburg SA. XLII Nr. 173.

3. Zu Nr. 2: Über den Begriff „Alimente" s. Bem. Nr. 1 zu § 648. — Leibgeding und Altenteil sind keine Alimente [vgl. OLG. Braunschw. SA. XXXVIII Nr. 288, aber auch OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 318]. Ein gesetzlicher Anspruch auf Alimente wird durch vertragsmäßige Anerkennung nicht zu einem vertragsmäßigen.

4. Zu Nr. 3: Die Schlußworte der Nr. 3 des Entw. „und nicht im stande ist, diesen Unterhalt auf eine seinen Verhältnissen angemessene Art selbst zu erwerben" wurden in

der JK. d. RT. gestrichen. Die Erwerbsfähigkeit kann daher nicht zur Verneinung der Bedürftigkeit führen. [Vgl. RG. 27. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 113 S. 386 f., 19. Dez. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 743.]

Die Motive bemerken: „Inwieweit Bestimmungen dritter eine Forderung der Pfändung entziehen können, wird lediglich davon abhängen, welche Rechte aus diesen Bestimmungen ein dritter außer dem Schuldner herleiten kann."

Bestimmungen des materiellen Rechts, nach welchen Zuwendungen dritter im weiteren Umfang den Gläubigern gegenüber unangreifbar gemacht werden können (z. B. pr. ALR. II 2 §§ 424, 425, 429, vgl. RG. 10. Febr. 1880 Entsch. I Nr. 65 S. 177 ff.) behalten ihre Wirksamkeit. Durch Vermächtnis zugewendeter Nießbrauch an Wertpapieren oder Kapitalien kann unpfändbar sein [RG. 18. Dez. 1883 Entsch. XI Nr. 95 S. 373]; dgl. Kapitalzinsen, wenn dem Erben die Verfügung über das Kapital zu Gunsten von Nacherben entzogen ist [RG. 27. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 113 S. 383]. Der Anspruch an eine Feuerversicherungsgesellschaft auf Entschädigung, welche gesetz- oder vertragsmäßig zum Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes zu verwenden ist, ist pfändbar, kann aber nur in der Art realisiert werden, daß der Wiederaufbau ausgeführt wird. [Vgl. Struckm. Koch N. 15 Abs. 2, Wilm. Levy N. 1, Hellmann Komm. III S. 118. AM. Ortenau Komm. z. bay. Subh.-Ordn. 2. Aufl. S. 46.]

5. Zu Nr. 4: Vgl. RGew.-Ordn. §§ 140 ff. in der Fassung d. Bek. v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177); RG. über die eingeschriebenen Hülfskassen v. 7. April 1876 § 10 in der Fassung d. RG. v. 1. Juni 1884 (RGBl. S. 54); RG. v. 15 Juni 1883, betr. die Krankenversicherung der Arbeiter, § 56; preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 §§ 171—173; bayer. Bergges. v. 20. März 1869 Art. 173—175; württ. Bergges. v. 7. Okt. 1874 Art. 157—159. Fernere Beschränkungen enthält Unfallvers.-Ges. v. 6. Juli 1884 (RGBl. S. 69) § 68: „Die den Entschädigungsberechtigten auf Grund dieses Gesetzes zustehenden Forderungen können mit rechtlicher Wirkung weder verpfändet noch an dritte übertragen noch für andere als die im § 749 Abs. 4 der CPrO. bezeichneten Forderungen der Ehefrau und ehelichen Kinder und die des ersatzberechtigten Armenverbandes gepfändet werden." Ausdehnungen dieses Gesetzes s. RGBl. 1885 S. 159, RGBl. 1886 S. 205, RGBl. 1888 S. 1. Ebenso, wie das Unfallversich.-Gesetz, bestimmt RG. v. 5. Mai 1886, betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in landwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Arbeiter (RGBl. S. 132) § 73; RG. v. 11. Juli 1887, betr. die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen (RGBl. S. 287) § 38; RG. v. 13. Juli 1887 betr. die Unfallversicherung der Seeleute (RGBl. S. 329) § 76.

6. Zu Nr. 5: Vgl. RG. v. 27. Juni 1871 §§ 64 ff. und RG. v. 4. Apr. 1874.

7. Zu Nr. 6: „Militärperson" — vgl. Bem. Nr. 2 zu § 14, Bem. Nr. 2 zu § 673. — „Mobilen Truppenteils — in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges" s. Bem. Nr. 1 zu § 184.

8. Zu Nr. 7: Vgl. RG. v. 27. Juni 1871 §§ 39 ff. (RGBl. S. 275), RG. v. 20. April 1881 § 17 (RGBl. S. 88), VO. v. 8. Juni 1881 (RGBl. S. 117), preuß. Ges. v. 20. Mai 1882 (GS. S. 298).

9. Zu Nr. 8: „Diensteinkommen" — Gehalt, Besoldung, Gratifikation, einschließlich der Naturalbezüge und der Wohnungsgeldzuschüsse. Vgl. jedoch Bem. Nr. 12 und RG. v. 2. Juni 1878 § 3 (RGBl. S. 99). — „Offiziere" s. Anl. A Nr. I z. MStrGB., Bem. Nr. 2 zu CPrO. § 343. Die Nachweisung der Militärbehörden und Personen, welche bei Pfändung des Diensteinkommens der Offiziere und Beamten im Ressort der preuß. Mil.-Verwaltung berufen sind, den Militärfiskus als Drittschuldner zu vertreten, s. CBl. f. d.

DR. 1881 S. 386; die entsprechende Nachweisung für Sachsen: eod. S. 446, für Württemberg: eod. S. 472. — „Beamten" — „Geistliche" s. Bem. Nr. 5 zu § 715. — „Sterbe- oder Gnadengehalt" — vgl. Reichsbeamtenges. §§ 7, 69; preuß. Kab.-Ordre v. 15. Okt. 1819; bayer. Dienstespragmatik v. 1. Jan. 1805 XXIV § 6. — Rechtsanwälte sind nicht Beamte. Ob Notare Beamte sind, richtet sich nach dem Landesrecht. [Unrichtig die generelle Negation der Beamtenqualität in KPr. S. 403.] — Unter „Pension" fällt auch das Wartegeld. — In der JK. d. RT. wurde abgelehnt, Tagegelder und ähnliche Leistungen, welche Personen für die Ausübung eines öffentlichen Berufs, z. B. als Landtagsmitglieder, beziehen, von der Pfändung auszunehmen.

10. Zu Abs. 3: Durch § 749 Abs. 3 ist § 4 Nr. 4 Abs. 1 des RG. v. 21. Juni 1869 (BGBl. S. 242) abgeändert. Dagegen bleibt die Bestimmung des § 4 Nr. 4 Abs. 2: „Als dauernd gilt das Dienstverhältnis, wenn dasselbe gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig mindestens auf ein Jahr bestimmt, oder bei unbestimmter Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten einzuhalten ist" unberührt. — Während das Einkommen der öffentlichen Beamten rc. nur zu einem Drittel des 1500 ℳ übersteigenden Betrags pfändbar ist, unterliegt der ganze Mehrbetrag des Einkommens der Privatbediensteten der Pfändung.

11. Zu Abs. 4: Die in Nr. 7, 8 und Abs. 3 des § 749 enthaltenen Beschränkungen sind zu Gunsten der in Abs. 4 bezeichneten Alimentenansprüche beseitigt. Vgl. dazu den a. E. der Bem. Nr. 4 cit. § 68 des Unf.-Vers.-Gesetzes. Dazu gehören die gesetzlichen Alimentenansprüche der Ehefrau [nach Urteil d. RG. vom 14. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 8 S. 16 nicht die Alimentenansprüche der geschiedenen Ehefrau] und die Alimentenansprüche der ehelichen oder legitimierten Kinder. Andererseits sind nicht, wie in § 4 Nr. 3 des RG. vom 21. Juni 1869 (s. o. Bem. Nr. 2), die gesetzlichen Alimentenansprüche aller Familienglieder privilegiert.

12. Zu Abs. 5: Einkünfte zur Bestreitung eines Dienstaufwandes sind z. B. Umzugsgebühren, Tagegelder bei Dienstreisen, sog. Repräsentationsbezüge, Tafelgelder rc. — „Servis" — vgl. Reichs-Verf. Art. 61, Verordn. v. 7. Nov. 1867, v. 27. Juni 1861 § 10 litt. b; RG. v. 30. Juni 1873 § 3. Verschieden von Servis ist der Wohnungsgeldzuschuß; letzterer ist in das Diensteinkommen einzurechnen.

13. Ansprüche auf Herausgabe von Dienst- oder sonstigen Kautionen können, auch wenn der Anspruch auf Herausgabe bedingt und befristet ist, gepfändet werden; jedoch gehen die Ansprüche dessen, dem die Kaution gestellt ist, dem Pfändungspfandrecht vor. Vgl. preuß. Hinterl.-Ordn. v. 14. März 1879 § 24.

§ 750.

Ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem die Forderung überwiesen wurde, verpflichtet, unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an das Amtsgericht, dessen Beschluß ihm zuerst zugestellt ist, den Schuldbetrag zu hinterlegen.

Mot. S. 436, 437. KPr. S. 406, 572.

1. Litteratur: Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 211 ff.

2. Trotz dem Vorrang der ersten Pfändung hat die Pfändung einer bereits gepfändeten Forderung Bedeutung sowohl wegen des Überschusses als wegen der Möglichkeit des Erlöschens des ersten Pfandrechts. Die zweite Pfändung erfolgt nach § 730, bei Forderungen aus Wechseln und anderen indossabeln Papieren nach § 727. Ist eine Forderung dem ersten

Gläubiger an Zahlungsstatt überwiesen, so ist die zweite Pfändung ihm gegenüber unwirksam; der erste Gläubiger kann als Cessionar Widerspruch dagegen nach § 690 erheben. Der erste Pfandgläubiger ist durch eine zweite Pfändung auch nicht behindert, sich die gepfändete Forderung nachträglich an Zahlungsstatt überweisen zu lassen. Aber in beiden Fällen greift trotz der relativen Unwirksamkeit der zweiten Pfändung der § 750 und folglich auch § 753 ein, weil dem Drittschuldner die Untersuchung der Prioritätsverhältnisse der mehreren Gläubigern weder zugemutet noch überlassen werden kann. — Demjenigen, für den die Forderung an zweiter Stelle gepfändet ist, kann dieselbe nicht an Zahlungsstatt, sondern nur zur Einziehung überwiesen werden. Überweisung an Zahlungsstatt wäre dem prior creditor gegenüber unwirksam; dieser kann die Ungültigkeit im Verteilungsverfahren geltend machen, er kann Einwendungen nach § 685 oder auch Widerspruchsklage nach § 690 erheben.

3. Ist dieselbe Geldforderung für mehrere Gläubiger gleichzeitig oder nacheinander gepfändet, so kann der Drittschuldner durch Zahlung an den Bestberechtigten sich von seiner Verbindlichkeit lösen; er ist aber auch befugt, sich durch Hinterlegung bei Gericht zu befreien. Er soll nicht mehr an einen der pfändenden Gläubiger zahlen sondern hinterlegen, wenn ein Gläubiger, welchem die Forderung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen ist, die Hinterlegung verlangt hat. Es genügt formloses, mündliches Verlangen. Zustellung eines Schriftsatzes empfiehlt sich wegen des Beweises. Zahlte der Drittschuldner trotzdem einem pfändenden Gläubiger, so kann er von dem Gläubiger, welcher die Hinterlegung verlangt hatte, auf Schadensersatz belangt werden. Auch kann dieser Gläubiger, wenn er den Vorrang des Zahlungsempfängers bestreitet, von dem Drittschuldner immer noch Hinterlegung behufs Herbeiführung des Verteilungsverfahrens verlangen. Beweist der Drittschuldner, daß die Zahlung an den Bestberechtigten erfolgte, so ist er allerdings nicht mehr zur Hinterlegung zu verurteilen. [Vgl. Falkmann Zwangsvollstr. S. 281.]

4. Über die Rechtsverhältnisse am hinterlegten Betrag s. Bem. Nr. 4 litt. b zu § 706. — Verteilung s. § 758.

§ 751.

Ist ein Anspruch, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse dem Gerichtsvollzieher herauszugeben, welcher nach dem ihm zuerst zugestellten Beschlusse zur Empfangnahme der Sache ermächtigt ist. Hat der Gläubiger einen solchen Gerichtsvollzieher nicht bezeichnet, so erfolgt dessen Ernennung auf Antrag des Drittschuldners von dem Amtsgerichte des Orts, wo die Sache herauszugeben ist.

Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen beteiligten Gläubiger eine andere Verteilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Amtsgericht anzuzeigen, dessen Beschluß dem Drittschuldner zuerst zugestellt ist. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

Mot. S. 436, 437. KPr. S. 406, 572.

1. Zu Abs. 1: Vgl. §§ 746 und 750. — Wegen der Form des Antrags auf Ernennung eines GV. vgl. Bem. Nr. 1 zu § 729. Die Entscheidung ist gebührenfrei (GKG § 47 Nr. 3, vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

2. Zu Abs. 2: Wegen Verwertung s. § 746 Abs. 2.

§ 752.

Betrifft der Anspruch eine unbewegliche Sache, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an den von dem Amtsgerichte der belegenen Sache ernannten oder auf seinen Antrag zu ernennenden Sequester herauszugeben.

Mot. S. 436, 437. KPr. S. 406, 572.

Vgl. § 747. — Wegen Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 3, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 753.

Jeder Gläubiger, welchem der Anspruch überwiesen wurde, ist berechtigt, gegen den Drittschuldner Klage auf Erfüllung der nach den Bestimmungen der §§ 750—752 diesem obliegenden Verpflichtungen zu erheben.

Jeder Gläubiger, für welchen der Anspruch gepfändet ist, kann sich dem Kläger in jeder Lage des Rechtsstreits als Streitgenosse anschließen.

Der Drittschuldner hat die Gläubiger, welche die Klage nicht erhoben und dem Kläger sich nicht angeschlossen haben, zum Termine zur mündlichen Verhandlung zu laden.

Die Entscheidung, welche in dem Rechtsstreite über den in der Klage erhobenen Anspruch erlassen wird, ist für und gegen sämtliche Gläubiger wirksam.

Gegen einen Gläubiger, welcher nicht zum Termine zur mündlichen Verhandlung geladen ist, obgleich er von dem Drittschuldner hätte geladen werden sollen, kann der Drittschuldner sich auf die ihm günstige Entscheidung nicht berufen.

Mot. S. 437. KPr. S. 406—408, 572.

1. Litteratur: Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 217 ff., Kohler Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIV S. 24 ff.

2. Zu Abs. 1: Hat ein Gläubiger von dem Drittschuldner die Hinterlegung (§ 750) bzw. die Herausgabe an den GV. (§ 751) oder Sequester (§ 751) verlangt, so kann jeder Gläubiger, welchem der Anspruch zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen wurde, gegen den Drittschuldner Klage auf Hinterlegung bzw. Herausgabe an den GV. oder Sequester erheben. Die Klage des Einzelnen bewirkt die Rechtshängigkeit des Anspruchs; daher kann der Klage eines zweiten Gläubigers die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden (arg. Abs. 4 des § 753). Klagen mehrere Gläubiger gemeinschaftlich, so sind sie Streitgenossen im Sinne des § 59. [Vgl. Hellwig a. a. O. S. 226.]

3. Zu Abs. 2: Ohne Überweisung kann der Gläubiger, für welchen der Anspruch gepfändet worden, nicht die Klage erheben, wohl aber sich dem Kläger anschließen. [Wach I S. 651 erklärt diese Anschließung für eine Nebenintervention.] Zur Anschließung ist auch der Arrestpfandgläubiger befugt. Die Anschließung erfolgt durch die in der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung; denn dies ist die regelmäßige Erscheinungsform prozessualischer Parteihandlung, und eine Ausnahme ist nicht, wie in § 67 für den Beitritt des Nebenintervenienten, vorgesehen. Die Erklärung kann durch Schriftsatz vorbereitet werden, aber die Zustellung des Schriftsatzes ist noch nicht die Anschließung. [AM. v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 236, Hellwig a. a. O. S. 225 f.] Die Anschließung bewirkt Streitgenossenschaft nach § 59 bezüglich des Streits um die Existenz des gepfändeten Anspruchs.

4. Zu Abs. 3: Weil nur der Drittschuldner alle Gläubiger, für welche gepfändet wurde, kennen muß, ist demselben die Pflicht zur Ladung auferlegt. Zu laden sind alle (auch die Arrest-) Pfandgläubiger, welche nicht bereits im Prozesse aufgetreten sind. Durch Ladung zum ersten nach der Pfändung stattfindenden Verhandlungstermine hat der Drittschuldner seiner Verpflichtung genügt. Erfüllt der Drittschuldner die ihm auferlegte Ladungspflicht, so kann er auch gegenüber einem Gläubiger, welcher sich nicht beteiligt hat, die exc. rei iud. geltend machen. Anderenfalls s. Bem. Nr. 6.

5. Zu Abs. 4: Das Urteil über den gepfändeten Anspruch — zu unterscheiden sowohl von dem Urteil über die Pfandberechtigung der einzelnen Gläubiger, als auch von dem Urteil über prozessualische Punkte — ist für und gegen sämtliche Gläubiger, welche die Pfändung des Anspruchs erwirkt haben, wirksam. Für den Gläubiger, welcher sich nicht am Prozesse beteiligt hat, ist nach Analogie des § 665 die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, wenn seine Legitimation als Pfändungsgläubiger bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird; § 666 dürfte entsprechende Anwendung finden. Jedem Gläubiger, auch dem im Prozesse nicht als Partei aufgetretenen, kann der Drittschuldner, wenn er ihn zur mündlichen Verhandlung geladen hatte, die exc. rei iud. auf Grund eines dem Drittschuldner günstigen Urteils entgegensetzen.

> Die Motive bemerken: „Die Wirksamkeit der Entscheidung für alle beteiligten Gläubiger verhütet unnütze Wiederholungen desselben Prozesses und beeinträchtigt nicht den Drittschuldner, weil dieser wegen jener Wirkung auch solche Einwendungen vorbringen kann, welche ihm nur gegen einzelne Gläubiger zustehen."

Der Schluß dieser Bemerkung bezieht sich nur auf Einwendungen, welche den gepfändeten Anspruch, nicht auf solche, welche das Pfandrecht an den Anspruch berühren. Welche Einwendungen aus der Person eines Gläubigers den gepfändeten Anspruch berühren und daher auch einem anderen Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden können, ist aus dem materiellen Recht in Verbindung mit den §§ 750 bis 753 zu beurteilen. Eine Einwendung aus der Person des secundus creditor, z. B. die Einrede der Zahlung, des Nachlaßvertrags, der Kompensation, berührt den Bestand des gepfändeten Anspruchs überhaupt nicht, weil der secundus creditor nicht verfügungsberechtigt ist. Einwendungen aus der Person des prior creditor berühren den Bestand des gepfändeten Anspruchs, insoweit die Grenzen der Verfügungsbefugnis des prior creditor eingehalten sind. So kann, weil der prior creditor schon bei Überweisung zur Einziehung zum Empfang der Zahlung befugt ist, eine ihm geleistetee Zahlung oder auch eine ihm gegenüber begründete Kompensation auch gegenüber der Klage des secundus creditor geltend gemacht werden. Zum Nachlasse und Vergleich ist dagegen der prior creditor, welchem der Anspruch zur Einziehung überwiesen ist, nicht befugt (s. Bem. Nr. 5 zu § 736); es kann also auch die betreffende Einrede nicht geltend gemacht werden. Der prior creditor, welchem der Anspruch an Zahlungsstatt überwiesen ist, kann durch Nach-

laßverträge und Vergleiche über den gepfändeten Anspruch disponieren; daher können die betreffenden Einreden auch dem secundus creditor gegenüber geltend gemacht werden. Dabei ist zu beachten, daß gemäß §§ 750—753 mit dem Zeitpunkte, in welchem ein Gläubiger das Verlangen der Hinterlegung oder Herausgabe an den GV. oder Sequester gestellt hat, die Verpflichtung des Drittschuldners zur Hinterlegung &c. &c. beginnt, folglich die Disposition eines Gläubigers, und wäre es auch der prior creditor, dem Rechte der übrigen Gläubiger nicht mehr Eintrag thun kann. Daraus ergiebt sich die weitere Schranke, daß nur die Einwendung einem anderen Gläubiger entgegengestellt werden kann, welche vor dem Verlangen der Hinterlegung &c. &c. entstanden ist (vgl. Bem. Nr. 3 a. E. zu § 750). [Am nächsten steht Hellwig a. a. O. S. 217 ff.; derselbe läßt jedoch die sich aus der Verschiedenheit der Überweisung zur Einziehung und an Zahlungsstatt ergebende Unterscheidung in der Tragweite der Einwendungen nicht gelten; auch legt derselbe dem Verlangen der Hinterlegung &c. keine einschneidende Bedeutung für die Einreden bei. — Wilm. Levy N. 4 kommen zu ähnlichen Resultaten, wie sie oben vertreten werden; doch erachten sie jede Kompensationseinrede für unzulässig, weil die Verpflichtung zu deponieren nicht mit Geldforderung kompensiert werden könne. Letzteres ist unrichtig. Sind Forderung und Gegenforderung an sich kompensierbar, so kann dadurch, daß die Zahlung zur Hinterlegungsstelle statt an den Gläubiger geschehen muß, an der Kompensierbarkeit nichts geändert werden, der Gegenstand bleibt derselbe. Stärker von der vertretenen Ansicht abweichende Meinungen bei Struckm. Koch N. 4, Gaupp III S. 347, Hellmann Komm. III S. 123, Puchelt II S. 610.]

6. Zu Abs. 5: Kommt der Drittschuldner der ihm durch Abs. 3 auferlegten Verpflichtung nicht nach, so kann zwar der nicht geladene Gläubiger das ihm günstige Urteil, aber der Drittschuldner kann nicht gegen den nichtgeladenen, am Prozesse nicht beteiligten Gläubiger die exc. rei iud. geltend machen; die Rechte des letzteren werden durch den für den Drittschuldner günstigen Prozeßausgang nicht beeinträchtigt (Mot. S. 437).

7. Das Urteil, welches über den gepfändeten Anspruch entscheidet, begründet auch dem Schuldner gegenüber die exc. rei iudicatae, weil der Gläubiger das Recht des Schuldners in iudicium deduziert hat. Dies gilt auch, wenn die Streitverkündung (§ 740 unterblieben ist.

§ 754.

Auf die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, finden die vorstehenden Bestimmungen entsprechende Anwendung.

Ist ein Drittschuldner nicht vorhanden, so ist die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist.

Das Gericht kann bei der Zwangsvollstreckung in Rechte, welche nur in Ansehung der Ausübung veräußerlich sind, besondere Anordnungen erlassen. Es kann insbesondere bei der Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte eine Verwaltung anordnen. In diesem Falle wird die Pfändung durch Übergabe der zu benutzenden Sache an den Verwalter bewirkt, sofern sie nicht durch Zustellung des Beschlusses bereits vorher bewirkt ist.

Ist die Veräußerung des Rechts selbst zulässig, so kann auch diese Veräußerung von dem Gericht angeordnet werden.

KPr. S. 408, 572.

1. Außer den Geldforderungen (§§ 730 ff.) und den Ansprüchen auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen (§§ 745 ff.) giebt es noch andere Vermögensrechte. Diese können Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein, soweit sie wenigstens der Ausübung nach übertragbar sind. Welche Rechte Vermögensrechte sind und welche Vermögensrechte übertragbar sind, ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen. Rechte, welche nicht die Natur von Vermögensrechten haben, und Vermögensrechte, welche nicht wenigstens der Ausübung nach übertragbar sind, können nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein. Daher kann die Delation einer Erbschaft (die sog. hereditas delata nondum acquisita) nach gemeinem Recht nicht Exekutionsobjekt sein, denn sie ist kein Vermögensrecht und nicht übertragbar. Der aus Verletzung des Noterben- oder Pflichtteilsrechts der Ascendenten, Descendenten und Geschwister entspringende Anspruch, mag man ihn als hereditatis petitio oder als querela inofficiosi testamenti konstruieren, ist gemeinrechtlich weder Vermögensrecht noch übertragbar, daher nicht Exekutionsobjekt. Über die Natur des Pflichtteilsrechts nach pr. ALR. besteht Meinungsverschiedenheit [Litteratur s. bei Struckm. Koch N. 1 litt a]. Wäre das Pflichtteilsrecht ein Forderungsrecht [wie z. B. Zitelmann Beitr. z. E. d. DR. XX S. 370 ff. annimmt], so würde es Exekutionsobjekt sein können. Gegen die Exekutionsmöglichkeit: pr. OTr. Entsch. XLIX S. 207, vgl. a. LVI S. 250 ff. und Beitr. z. E. d. DR. XIX S. 520. Die Anwartschaft auf eine künftige Erbschaft ist nicht Vermögensrecht, daher nicht Gegenstand der Vollstreckung [vgl. bay. o. LG. SA. XL Nr. 298].

Die übertragbaren und daher als Gegenstand der Zwangsvollstreckung in Betracht kommenden Vermögensrechte gehören entweder zum unbeweglichen oder zum beweglichen Vermögen. Über die Zugehörigkeit entscheidet das Landesrecht (z. B. pr. ALR. I, II §§ 7—9, bay. LR. II c 1 § 91). Soweit dieselben zum unbeweglichen Vermögen gehören, unterliegen sie der Immobiliarexekution (§§ 755 ff.), soweit sie zum beweglichen Vermögen gehören, der Zwangsvollstreckung nach § 754.

Als Rechte, auf welche § 754 anwendbar sein kann, kommen hiernach z. B. in Betracht:

a) Anteilsrechte an ungeteiltem Vermögen, z. B. an einer Erbschaft, am Vermögen einer Handelsgesellschaft ꝛc. (HGB. Art. 119, 126, 169; norddb. Prot. IV S. 2056, Mot. z. Ent. I S. 470);
b) Nutzungsrechte, z. B. Nießbrauch, Emphyteuse, Superficies, Wohnungsrechte, dingliche Pachtrechte, Rechte des Lehensvasallen und Fideikommißberechtigten ꝛc., soweit nicht derartige Rechte nach dem Landesrecht zum unbeweglichen Vermögen gehören. Emphyteuse, Superficies, Lehens- und fideikommissarische Rechte, Forstrechte u. dgl. werden regelmäßig zum Immobiliarvermögen gehören (norddb. Prot. IV S. 2056. Mot. z. Entw. I S. 470). Ist mit dem Nießbrauch eine Belastung verbunden, wie dies insbesondere bei dem familienrechtlichen Nießbrauch der Fall ist, so ist der Nießbrauch nur unbeschadet der Belastung zur Vollstreckung verwendbar (vgl. KO. § 1 Abs. 2) [Hüppner Arch. f. c. Pr. LXX S. 443 ff.];
c) Gewerbeberechtigungen — soweit sie nicht zum unbeweglichen Vermögen gehören;
d) Urheberrechte an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken (RG. 11. Juni 1870), an Werken der bildenden Künste (RG. 9. Jan. 1876), an Photographien (RG. 10. Jan. 1876), an Mustern und Modellen (RG. 11. Jan. 1876), sowie das Patentrecht (RG. 24. Mai 1877), immer unter der Voraussetzung, daß die Übertragbarkeit vorhanden ist. Über Vollstreckung im Urheberrechte s. Stobbe DPrR. III S. 46 f., Dambach Urheberrecht S. 36; speziell über Vollstreckung in ein Patentrecht s. Gareis Komm. z. Pat.-Ges. S. 116,

120, Kohler Patentrecht S. 168 ff. Über die Frage, wo sich das Patentrecht, das ein Ausländer im Inlande hat, befindet vgl. Kohler Arch. f. H. u. WR. XLVII S. 339 ff.

2. Soweit ein dritter vorhanden ist, dessen Leistung oder Duldung zur Ausübung der fraglichen Rechte erforderlich ist, ist derselbe wie der Drittschuldner bei einer Forderung zu behandeln. Soweit dies nicht der Fall ist, muß die Beschlagnahme bei dem Schuldner selbst eintreten. Bei einer dem Nutzungsrechte des Schuldners unterliegenden Sache entspricht außerdem die Besitzergreifung und Übergabe der Sache an einen zu bestellenden Verwalter dem Akte der Pfändung körperlichen Sachen; nach Eintritt der Verwaltung ist der Verwalter jedenfalls derjenige, welchem Anschlußbeschlüsse zuzustellen sind, um wirksam zu werden (Mot. z. Entw. I S. 470).

Zweiter Titel.

Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

1. Die Motive bemerken: „Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des mit derselben verbundenen Aufgebots- und Verteilungsverfahrens hängt derart mit dem Eigentums- und Hypothekenrechte zusammen, daß die erforderlichen Bestimmungen der Landesgesetzgebung überlassen werden müssen. Die durch den nordd. Entw. versuchte einheitliche Regelung der Zwangsverwaltung von Grundstücken widerspricht diesem Gesichtspunkte und ist daher gleich der Zwangsveräußerung aus dem Gebiet der PrO. ausgeschieden."

Die Landesgesetze sind in Bem. Nr. 1 zu § 757 citiert.

Die allgemeinen Bestimmungen der CPrO. über die Zwangsvollstreckung (§§ 644 bis 707) einschließlich derjenigen allgemeinen Bestimmungen der CPrO. über das Verfahren, welche nicht im Gesetze selbst durch speziellere Bestimmungen für das Gebiet der Zwangsvollstreckung modifiziert sind, finden auf die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen Anwendung [vgl. Hauser Ztschr. f. R. u. LR. IV S. 41, Kurlbum die preuß. Subh.-Ordn. v. 15. März 1879 S. 3, Krech Fischer Komm. z. preuß. Subh.-Ordn. v. 1883 S. 124 ff., Ortenau Komm. z. bay. Subh.-Ordn. 2. Aufl. S. 8—11, RG. 17. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 103 S. 374]. Die hiernach auf die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen anwendbaren Bestimmungen der CPrO. sind nicht subsidiäres Recht im Verhältnis zum Landesrecht; sie können durch Landesgesetz nicht ausgeschlossen und nicht geändert werden, sie gehen dem Landesgesetz vor.

2. Die Vorschriften in §§ 755—757 beziehen sich nur auf die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Wegen der Vollstreckungsmaßregeln behufs Erzwingung der Herausgabe, Überlassung und Räumung unbeweglicher Sachen s. § 771.

§ 755.

Für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück ist als Vollstreckungsgericht das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist. Die Zwangsvollstreckung wird von diesem Gericht auf Antrag angeordnet.

Mot. S. 438. KPr. S. 408, 572.

1. § 755 bezieht sich nur auf die Zwangsvollstreckung in Grundstücke. Für die Zwangsvollstreckung in anderes Immobiliarvermögen bleibt es bei der Zuständigkeit des aus § 684 Abs. 2 oder § 729 Abs. 2 sich ergebenden Vollstreckungsgerichts.

2. Das Gesetz bestimmt keine Form des Antrags, derselbe kann daher schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers vorgebracht werden. Das Landesgesetz kann weder eine

dieser Formen ausschließen, noch den Anwaltszwang vorschreiben. Die Entscheidung über den Antrag s. § 684 Abs. 3; sofortige Beschwerde s. § 701.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (in der Fassung des RG. vom 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31 Abs. 1.

§ 756.

Ist es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Amtsgerichtsbezirke ungewiß, welches Amtsgericht zuständig sei, oder ist das Grundstück in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte belegen, so ist auf Antrag eines Beteiligten von dem zunächst höheren Gericht unter Berücksichtigung der im § 36 enthaltenen Vorschriften eines dieser Gerichte zum Vollstreckungsgerichte zu bestellen.

Dieselbe Anordnung kann getroffen werden, wenn die Zwangsvollstreckung in mehrere Grundstücke desselben Schuldners, welche in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegen sind, beantragt wird.

Mot. S. 438. KPr. S. 408, 572.

1. Die Vorschrift entspricht dem § 36 Nr. 2 und 4. Die Bem. Nr. 3 zu § 36 findet hierher entsprechende Anwendung.

2. Im Gesetz ist ein Redaktionsversehen unterlaufen. Es muß heißen: „unter Berücksichtigung der im § 37 enthaltenen Vorschriften." Der nordd. Entw. § 1020, der dem § 756 der CPrO. entspricht, verweist auf § 71 des nordd. Entw.; dieser letztere § entspricht dem § 37 der CPrO. Der Entwurf I verweist in seinem dem § 756 der CPrO. fast wörtlich entsprechenden § 668 auf seinen § 36; dieser § 36 ist gleich dem § 37 der CPrO. In dem Entw. II erfolgte eine Verschiebung, § 36 des Entw. I erhielt die Ziffer 37. Im § 690 des Entw. II wurde das übersehen, es blieb der § 36 darin stehen. So ging die irrige Erwähnung des § 36 aus § 690 des Entw. II in § 703 des Entw. III und in § 756 des Gesetzes über. Die Allegation des § 36 giebt keinen Sinn. Gemeint und zu berücksichtigen sind die Vorschriften des § 37. [So auch Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 340, Ortenau a. a. O. S. 7 N. 1 u. A. Vgl. a. preuß. Ges. v. 4. März 1879 betr. die Zwangsvollstr. i. d. unbew. Verm. (GS. S. 102) § 4 Abs. 1 u. 2.]

3. Die Zwangsvollstreckung in mehrere demselben Schuldner gehörige Grundstücke, welche in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegen sind, kann bei diesen Gerichten gesondert betrieben werden. Beantragt der Gläubiger oder der Schuldner die Bestellung eines Vollstreckungsgerichts, so kann, falls das Gericht dies für zweckmäßig hält, diese Bestellung eines der Amtsgerichte zum gemeinsamen Vollstreckungsgericht, angeordnet werden. — Auf Anträge und die Entscheidungen nach § 756 finden die Bemerkungen Nr. 1—4 zu § 37 Anwendung.

§ 757.

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des mit derselben verbundenen Aufgebots- und Verteilungsverfahrens bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

Nach den Landesgesetzen bestimmt sich insbesondere auch, welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, inwiefern der Gläubiger berechtigt ist, seine Forderung in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, und wie die Eintragung zu bewirken ist.

Entstehen in dem die Zwangsvollstreckung betreffenden Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes. Auf Verteilungsstreitigkeiten finden die §§ 765—768 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 438. KPr. S. 408, 572.

1. Zu Abs. 1: Die in Betracht kommenden Landesgesetze sind:

Preußen: Ges. v. 13. Juli 1883 betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (kommentiert von Krech und Fischer, Jäckel, Rudorff, Dorendorf, Knorr), gültig im Geltungsbereich der Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872, außerdem Rhein. Subhastationsordnung v. 1. Aug. 1822 (GS. S. 197), Ges. v. 4. März 1879 (GS. S. 102); Bayern: Ges. v. 23. Febr. 1879 (Subhastations-Ordnung) nebst Ges. v. 29. Mai 1886 (zu beiden Gesetzen Komm. von Ortenau, 2. Aufl. 1888, bearbeitet von Fischer und Henle, ferner Komm. von Hellmann 1888); Sachsen: Ges. v. 4. März 1879 §§ 10—14; Württemberg: Ges. v. 18. Aug. 1879 und Verf. v. 1. Okt. 1879 (darüber vgl. Gaupp III S. 359); Baden: EG. v. 3. März 1879 §§ 41—98; Hessen: AG. v. 4. Juni 1879 Art. 49—68, 110—181; Mecklenburg-Schwerin und Strelitz: VO. v. 24. Mai 1879; Anhalt: AG. z. CPrO. v. 25. März 1879 §§ 15—23; Braunschweig: Ges. v. 10. Juli 1879; Oldenburg: Ges. v. 2. April 1879; Sachsen-Altenburg: AG. v. 25. März 1879 §§ 15—22; Sachsen-Weimar: Ges. v. 12. Mai 1879; Sachsen-Coburg: Ges. v. 7. April 1879; Sachsen-Gotha: Ges. v. 7. April 1879; Sachsen-Meiningen: Ges. v. 21. Juni 1879; Reuß ä. L.: AG. z. CPrO. §§ 33—50; Reuß j. L.: Ges. v. 19. Sept. 1879; Schwarzburg-Rudolstadt: Ges. v. 8. Aug. 1878; Schwarzburg-Sondershausen: Ges. v. 26. Mai 1879; Lippe: AG. v. 21. Juni 1879 §§ 11 bis 13; Waldeck: Ges. v. 1. Sept. 1879; Hamburg: Ges. v. 14. Juli 1879; Lübeck: AG. v. 3. Febr. 1879 Art. 3 und Ges. v. 16. Juli 1879; Elsaß-Lothringen: Subh.-Ordn. v. 30. April 1880.

2. Zu Abs. 2: Über das Verhältnis der Mobiliarexekution in stehende Früchte und Pertinenzen einer beweglichen Sache zur Immobiliarexekution vgl. Bem. Nr. 1 zu § 708.

„Inwiefern der Gläubiger berechtigt ist 2c." — vgl. für Preußen: VO. v. 4. März 1834 über die Exekution in Civilsachen (GS. S. 31) §§ 22, 23; Ges. v. 2. Febr. 1864 (GS. S. 34) § 8; Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 19 Nr. 3, 22 Abs. 2; Grundb.-Ordn. §§ 35, 41 ff.; Ges. v. 4. März 1879, betr. die Immob.-Vollstr., § 22; Subh.-Ordn. v. 13. Juli 1883 §§ 6 ff. Über die Frage, ob Zwangsvollstreckungskosten in das Hypothekenbuch eingetragen werden können, s. Francke Ztschr. f. d. CPr. VII S. 74 ff. — Für Bayern: Subh.-Ordn. v. 25. Febr. 1875 Art. 7 Abs. 2, 30, 130, 183. — Der Ausdruck „Hypothekenbuch" umfaßt auch das Grundbuch, Hypothekenregister u. dgl. Bücher (norbd. Prot. IV S. 2096).

3. Zu Abs. 3: Die §§ 758—764 finden auf das Verteilungsverfahren in der Immobiliarexekution keine Anwendung, soweit nicht Landesgesetze dies bestimmen.

Dritter Titel.

Verteilungsverfahren.

Litteratur: Schönfeld das Verteilungsverfahren (Berlin 1887), Falkmann Zwangsvollstreckung S. 284 ff.

1. Das Verteilungsverfahren ist als Offizialverfahren konstruiert; alle Zustellungen und Ladungen sind von Amtswegen zu bethätigen.

Motive: „Hat die Zwangsvollstreckung bereits zur Hinterlegung eines Geldbetrags geführt, so ist ohne weiteres anzunehmen, daß die beteiligten Gläubiger die Fortsetzung der Vollstreckung wollen. Der Grund, daß die Partei ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen habe, trifft hier nicht zu, weil sie ihre Geschäfte nicht würde betreiben können, ohne zugleich für alle Gläubiger zu handeln. Von den Beteiligten ist aber keiner in der Lage, die übrigen Beteiligten kennen zu müssen oder gar die thatsächlichen Unterlagen für die Verteilung beschaffen zu können. Die einzigen, welche das erforderliche Material in Händen haben, sind bei der Pfändung oder Versteigerung körperlicher Sachen der Gerichtsvollzieher und bei der Pfändung einer Forderung der Drittschuldner. Beide haben aber kein Interesse an dem Betriebe des Verteilungsverfahrens und daher nur die Pflicht zur Anzeige

der Sachlage bei Hinterlegung der zu verteilenden Summe. Von diesem Momente ab ist das Verteilungsverfahren von Amtswegen einzuleiten und zu betreiben."

2. Wegen der Gebühren s. GKG. § 42, GO. f. RA. § 39.

§ 758.

Das Verteilungsverfahren tritt ein, wenn bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ein Geldbetrag hinterlegt ist, welcher zur Befriedigung der beteiligten Gläubiger nicht hinreicht.

Mot. S. 438, 439. KPr. S. 408, 572.

1. Die Voraussetzungen eines Verteilungsverfahrens sind:

a) Beteiligung mehrerer Gläubiger bei einer Mobiliarexekution. Beteiligt sind die Gläubiger, für welche gleichzeitig oder nacheinander dieselbe Sache oder Forderung gepfändet worden ist, einerlei ob die Pfändung auf Grund eines definitiven Vollstreckungstitels oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils oder eines Arrestbefehls erfolgte. Nicht zu den Beteiligten gehört ein dritter, welcher kraft eines die Exekution hindernden Rechts den hinterlegten Betrag oder kraft eines Pfand- oder Vorzugsrechts die vorzugsweise Befriedigung daraus beansprucht. Dieser hat die Klage nach § 690 oder nach § 710. Der Gläubiger, welcher den Drittschuldner gemäß § 744 von dem Bevorstehen der Pfändung benachrichtigt hat, ist seiner bedingten Beteiligung halber schon in der Zeit, während deren die Wirkung noch in suspenso ist, zum Verteilungsverfahren heranzuziehen. Ist in der dreiwöchigen Frist die Pfändung nicht ausgeführt, so steht fest, daß jener kein Beteiligter ist.

b) Hinterlegung eines Geldbetrags bei Gericht in Gemäßheit der §§ 728 Abs. 2 und 3, 750, 751 Abs. 2 u. 3.

c) Insuffizienz dieses Betrags zur Befriedigung aller beteiligten Gläubiger.

2. Einigen sich alle beteiligten Gläubiger und der Schuldner über einen Verteilungsmodus, so fällt die Notwendigkeit eines Verteilungsverfahrens weg. Durch Übereinkunft kann auch ein bereits eingeleitetes Verfahren beendigt, es kann teilweise über die Masse verfügt und das Verfahren auf den Rest beschränkt werden.

§ 759.

Das zuständige Amtsgericht (§§ 728, 750—752) hat nach Eingang der Anzeige über die Sachlage an jeden der beteiligten Gläubiger die Aufforderung zu erlassen, binnen zwei Wochen eine Berechnung der Forderung an Kapital, Zinsen, Kosten und sonstigen Nebenforderungen einzureichen.

Mot. S. 439, 440. KPr. S. 408, 572.

1. Die Allegation des § 752 beruht auf Redaktionsversehen. § 752 paßt nicht; denn die Zwangsvollstreckung in sequestrierte Bestandteile des unbeweglichen Vermögens einschließlich des Verteilungsverfahrens wird gemäß § 747 Abs. 2, 757 von den Landesgesetzen bestimmt.

2. Aus der nach §§ 728, 750, 751 von dem Hinterlegenden zu erstattenden Anzeige der Sachlage erfährt das Gericht, wer die beteiligten Gläubiger (s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 758) sind. Diesen ist die in § 759 vorgeschriebene Aufforderung von Amtswegen zuzustellen. Die zweiwöchige Frist zur Einreichung der Berechnung kann durch Vereinbarung, nicht durch das Gericht, abgekürzt oder verlängert werden (arg. § 202). Auch nach Ablauf der Frist kann die Berechnung eingereicht werden, solange der Teilungsplan noch nicht gefertigt ist. Der Gläubiger, der bis zu diesem Zeitpunkte die Berechnung seiner Forderung nicht einreicht, wird nicht mit seinem Anspruche ausgeschlossen, sondern muß sich nur gefallen lassen,

daß seine Forderung nach der Anzeige des Deponenten und deren Unterlagen (Pfändungsurkunden u. dgl.) berechnet wird (§ 760 Abs. 3).

3. Die Berechnung der Forderung ist schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers einzureichen. Die Berechnung soll sich auf Haupt- und Nebensache erstrecken. Der Zinsenlauf hört durch Eröffnung des Teilungsverfahrens nicht auf. Die Kosten der Zwangsvollstreckung können liquidiert werden. Dazu gehören auch diejenigen Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch die Beteiligung am Verteilungsverfahren erwachsen, denn eine der KO. § 56 Nr. 2 entsprechende Vorschrift ist in der CPrO. nicht enthalten. [So auch Wilm. Levy N. 3 Gaupp III S. 388, Petersen S. 1057, v. Bülow N. 2, A. Förster N. 3. AM. Struckm. Koch N. 3 zu § 760, v. Sarwey II S. 252.] — Zweckmäßiger Weise werden der Berechnung die erforderlichen Belege, insbesondere die Pfändungsurkunden beigelegt. Auch die Anzeige des beanspruchten Ranges ist zweckmäßig. Die Unterlassung zieht jedoch nur die thatsächliche Gefahr einer unrichtigen Location im Verteilungsplan nach sich; Präklusion tritt nicht ein, da die Rangverhältnisse ex officio zu prüfen sind.

§ 760.

Nach Ablauf der zweiwöchigen Fristen wird von dem Gericht ein Teilungsplan angefertigt.

Der Betrag der Kosten des Verfahrens ist von dem Bestande der Masse vorweg in Abzug zu bringen.

Die Forderung eines Gläubigers, welcher bis zur Anfertigung des Teilungsplans der an ihn gerichteten Aufforderung nicht nachgekommen ist, wird nach der Anzeige und deren Unterlagen berechnet. Eine nachträgliche Ergänzung der Forderung findet nicht statt.

Mot. S. 440. KPr. S. 408, 572.

1. „Kosten des Verfahrens" sind die gemeinschaftlichen Kosten (KO. § 51), also die Gerichts- und Kalkulationskosten, nicht aber die Kosten, welche den Einzelnen durch ihre Beteiligung am Verfahren entstehen.

2. In den Teilungsplan werden die Forderungen der einzelnen Gläubiger auf Grund der eingereichten Berechnungen eingesetzt; soweit nicht offenbare Unrichtigkeiten, z. B. in den Kostenansätzen, unterlaufen, müssen diese Berechnungen zu Grund gelegt werden. Sind keine Berechnungen eingelaufen, so sind die einzelnen Gläubiger mit den Beträgen einzusetzen, welche sich aus der Anzeige und deren Unterlagen ergeben. Eine Ergänzung der hiernach richtig eingesetzten Beträge kann in keiner Weise, auch nicht durch Restitution, erreicht werden; wohl aber kann dem Teilungsplan aus dem Grunde widersprochen werden, daß auf Grund der Anzeige und deren Unterlagen ein anderer Betrag einzusetzen gewesen wäre.

Die Rangverhältnisse sind von Amtswegen zu prüfen. Nach § 709 Abs. 3 entscheidet die Priorität der Pfändung über den Rang. Eine Abweichung ist nur denkbar, wenn der Gläubiger, für den später gepfändet ist, an dem Pfandobjekt schon vor der früheren Pfändung ein im Konkurse dem Faustpfandrecht gleichstehendes Pfand- oder Vorzugsrecht für dieselbe Forderung hatte (z. B. der Vermieter an den Illaten). Die Vorzugsrechte der KO. § 54 haben für das Verteilungsverfahren keine Bedeutung.

4. Ein Arrestpfandgläubiger ist im Verteilungsplan zu berücksichtigen; aber der auf ihn treffende Betrag ist bis zur definitiven Feststellung zu hinterlegen (§ 810 Abs. 2). Der Verteilungsplan kann für den Fall, daß die Forderung des Arrestpfandgläubigers nicht zuerkannt wird, einen eventuellen Verteilungsmodus vorsehen (KPr. S. 409).

§ 761.

Das Gericht hat zur Erklärung über den Teilungsplan sowie zur Ausführung der Verteilung einen Termin zu bestimmen. Der Teilungsplan muß spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt werden.

Die Ladung des Schuldners zu dem Termin ist nicht erforderlich, wenn sie durch Zustellung im Ausland oder durch öffentliche Zustellung erfolgen müßte.

Mot. S. 440. KPr. S. 408—410, 572.

Der Termin ist von Amtswegen zu bestimmen. Die beteiligten Gläubiger (vgl. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 758) und der Schuldner sind von Amtswegen zu laden. Das Präjudiz des § 763 braucht nicht angedroht zu werden. — Ist der Teilungsplan nicht rechtzeitig niedergelegt, so kann jeder beteiligte Gläubiger und der Schuldner die Vertagung des Termins fordern; aber das Verfahren ist deswegen nicht ungültig [vgl. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 398].

§ 762.

Wird in dem Termin ein Widerspruch gegen den Plan nicht erhoben, so ist dieser zur Ausführung zu bringen. Erfolgt ein Widerspruch, so hat sich jeder bei demselben beteiligte Gläubiger sofort zu erklären. Wird der Widerspruch von den Beteiligten als begründet anerkannt oder kommt anderweit eine Einigung zu stande, so ist der Plan demgemäß zu berichtigen. Wenn ein Widerspruch sich nicht erledigt, so erfolgt die Ausführung des Plans insoweit, als der Plan durch den Widerspruch nicht betroffen wird.

Mot. S. 438—440. KPr. S. 410, 572.

1. Der Widerspruch kann schon vor dem Termine erklärt werden (arg. § 763 Abs. 1) durch schriftliche Eingabe oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers.

2. Über die Verhandlung im Termine ist ein Protokoll nach §§ 145, 146 zu errichten. In das Protokoll sind die Widersprüche und die Erklärungen der Beteiligten — d. i. der durch den Widerspruch betroffenen Gläubiger — sowie die im Termine vorgenommenen Berichtigungen des Teilungsplans aufzunehmen. Verweigert ein im Termin erschienener Beteiligter die Erklärung über den Widerspruch, so ist arg. § 763 Abs. 2 anzunehmen, daß er den Widerspruch nicht als begründet anerkenne.

3. Auch der Schuldner kann Widerspruch gegen den Teilungsplan erheben. Sein Widerspruch kann zu einer Berichtigung im Termine führen, wenn derselbe als begründet anerkannt wird oder sonstwie eine Einigung der Beteiligten darüber zu stande kommt. Für den Widerspruch des Schuldners gelten aber nicht die §§ 764—768. Erledigt sich ein Widerspruch des Schuldners in dem Termine nicht, so ist dessen ungeachtet der Teilungsplan auszuführen und dem Schuldner zu überlassen, seine Einwendungen im Wege der Klage nach §§ 686, 687 geltend zu machen. Einwendungen gegen die im Teilungsplan proponierte Rangordnung fallen nicht unter § 686. Der Schuldner hat bezüglich der Rangordnung kein Klagerecht; aber er kann in dem Prozesse, den ein Gläubiger gegen einen anderen wegen des Rangverhältnisses führt, intervenieren.

§ 763.

Gegen einen Gläubiger, welcher in dem Termine weder erschienen ist

noch vor dem Termine bei dem Gerichte Widerspruch erhoben hat, wird angenommen, daß er mit der Ausführung des Plans einverstanden sei.

Ist ein in dem Termine nicht erschienener Gläubiger bei dem Widerspruche beteiligt, welchen ein anderer Gläubiger erhoben hat, so wird angenommen, daß er diesen Widerspruch nicht als begründet anerkenne.

Mot. S. 440. KPr. S. 410, 572.

Nichterscheinen eines Gläubigers bewirkt die Präklusion des prozessualischen Widerspruchsrechts gegen die Ausführung des Plans. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 765. Das Nichterscheinen eines Gläubigers, gegen dessen Forderung Widerspruch erhoben ist, bewirkt die Präklusion der Möglichkeit, durch Anerkenntnis des Widerspruchs den Prozeß nach § 764 zu vermeiden. Die Verteidigung gegen den Widerspruch wird nicht präkludiert. — Gegen die Präklusionsfolgen des § 763 ist keine Hülfe gewährt.

§ 764.

Der widersprechende Gläubiger muß ohne vorherige Aufforderung binnen einer Frist von einem Monate, welche mit dem Terminstage beginnt, dem Gerichte nachweisen, daß er gegen die beteiligten Gläubiger Klage erhoben habe. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist wird die Ausführung des Plans ohne Rücksicht auf den Widerspruch angeordnet.

Die Befugnis des Gläubigers, welcher dem Plane widersprochen hat, ein besseres Recht gegen den Gläubiger, welcher einen Geldbetrag nach dem Plane erhalten hat, im Wege der Klage geltend zu machen, wird durch die Versäumung der Frist und durch die Ausführung des Plans nicht ausgeschlossen.

Mot. S. 439, 440. KPr. S. 410, 572.

1. Zu Abs. 1: Jeder Widerspruch eines Gläubigers führt zu einem besonderen Prozesse. Mehrere Gläubiger, welche aus demselben Grunde Widerspruch erheben, können als Streitgenossen klagen. Richtet sich derselbe Widerspruch gegen mehrere Gläubiger, so sind diese, soweit sie nicht den Widerspruch als begründet anerkennen, gemeinsam zu belangen. Der Schuldner ist nicht mitzuverklagen.

Die Monatsfrist kann nicht vom Gericht, aber durch Übereinkunft aller beteiligten Gläubiger verlängert werden (§ 202). Nach Ablauf der Frist ist von Amtswegen zur Verteilung zu schreiten, wenn nicht der Nachweis der Klagerhebung geführt ist.

Mittels der Klage kann der Gläubiger nicht bloß die Priorität, sondern auch den Rechtsbestand (die Verität) der liquidierten Forderung angreifen, insbesondere Zahlungs- und andere Einwendungen des Schuldners geltend machen, sowie auch die vorangehende Forderung wegen Benachteiligung der Gläubiger anfechten. [So auch Struckm. Koch 5. Aufl. N. 2 zu § 765, Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 392 ff., Petersen S. 1061, Hellmann Komm. III S. 133 und Lehrb. S. 879, Jäckel Anf.-Recht S. 176, Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.-Ordn. S. 532 f., RG. 7. Jan. 1886 Entsch. XV Nr. 52 S. 224, 8 Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 869, OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 277. Dagegen lassen Puchelt II S. 627, v. Sarwey II S. 256 ff., Rocholl Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 416 die Klage nur bezüglich der Priorität zu; Kleiner III S. 211 läßt nur bei Arrestforderungen Einwendungen gegen die Verität zu.] In der nordd. Komm. (nordd. Pr. IV S. 2079 f.) wurde konstatiert, „daß diejenigen Fälle, in welchen der Schuldner Einwendungen gegen das Judikat erhebe, hiebei nicht begriffen seien, daß diese vielmehr vor das Prozeßgericht gehören." Daß Ein-

wendungen eines Gläubigers gegen die Verität zu den Verteilungsstreitigkeiten gehören, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, geht aber aus dem Zusammenhang hervor. Im Entw. I Mot. S. 476 heißt es: „Wenn der Streit Einwendungen gegen den Anspruch eines Gläubigers betrifft, welche auch dem Schuldner selbst zustehen, so ist zwar nicht auszuschließen, daß dieser dieselben auch vor dem Prozeßgericht selbständig verfolgt; er wird aber regelmäßig durch Intervention bei der vor dem widersprechenden Gläubiger anzustellenden Klage seine Rechte genügend wahrnehmen können ꝛc." Im § 18 des preuß. Ges. v. 4. März 1879, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, sind „Verteilungsstreitigkeiten" im Parantheſe als „Streitigkeit über die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Forderung" bezeichnet. In den Motiven z. Entw. d. Ges. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen ꝛc. (Reichst.-Vorl. Nr. 115 II. Seſſ. 1879 S. 15) heißt es: „Die CPrO. regelt in §§ 762, 764 ff. nur das Verfahren, in welchem der Widerspruch gegen den Teilungsplan zu erheben und zu verfolgen, enthält aber keine materiellen Vorschriften über die Umstände, auf welche der Widerspruch zu gründen ist. Sie läßt daher die Regelung der Anfechtung im Verteilungsverfahren nach jeder Richtung offen." In den Mot. z. Entw. d. preuß. Subh.-Ordn. v. 1883 (Vorl. an d. Herrenhaus Sitz.-Per. 1882/83, Nr. 6 S. 16) ist die Möglichkeit, im Verteilungsverfahren das Vorhandensein einer Forderung zu bestreiten, ebenfalls anerkannt. Der Gesetzestext enthält keine Beschränkung des Widerspruchsrechts auf die Frage des Ranges; eine beschränkende Interpretation würde der Kollusion zwischen dem Schuldner und einem Gläubiger im Verteilungsverfahren Thür und Thor öffnen.

2. Ist die in Abs. 1 bestimmte Frist abgelaufen, so ist der Widerspruch hinfällig und der Teilungsplan wird ausgeführt. Dadurch wird aber dem materiellen Recht des widersprechenden Gläubigers nicht präjudiziert. Hat dieser nach materiellem Recht die Möglichkeit, auf Grund eines besseren Rechts einem Gläubiger das, was dieser bei der Verteilung erhalten hat, im Wege der Klage abzunehmen, so wird diese Klage auch durch die Fristversäumnis und durch die Ausführung des Planes nicht berührt. [Vgl. OLG. Köln Ztſchr. f. d. CPr. VII S. 113.] — Obwohl in Abs. 2 nur von dem Gläubiger die Rede ist, welcher dem Plane widersprochen hat, so muß doch das Gleiche gelten bezüglich des Gläubigers, welcher an dem Termine nicht erschienen ist. § 763 Abs. 1 setzt zwar auf das Nichterscheinen die Annahme des Einverständnisses mit der Ausführung des Teilungsplans; aber diese Bestimmung schafft kein Einverständnis, so wenig wie der § 129 und der § 296 ein Geständnis schaffen kann, sie ist nur ungenaue Ausdrucksweise für den Gedanken, daß die prozessualische Befugnis, durch Widerspruch die Ausführung des Teilungsplans zu hemmen, im Falle des Nichterscheinens präkludiert sein solle. Ist jenes sog. Einverständnis nur die Präklusion eines Prozeßrechts, so folgt daraus, daß dem im Termine nicht erschienenen Gläubiger das materielle Klagerecht gegen einen Gläubiger, der infolge jener Präklusion Geld erhalten hat, gewahrt bleiben muß. Dies steht im Einklang mit dem Prinzipe des § 764. Der Widerspruch wird wirkungslos, wenn nicht innerhalb der Frist geklagt wird. Es tritt die gleiche prozessualische Situation ein, wie wenn kein Widerspruch erhoben wäre. Im einen wie im anderen Fall wird der Plan ausgeführt; aber im einen wie im andern Fall wird den materiellen Rechten nicht präjudiziert. Abs. 2 ist nicht Disposition, sondern Deklaration des nächst gelegenen Falls. Ein arg. a contr. ist daher nicht zulässig. [Vgl. Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.-Ordn. S. 514, 532, A. Förster N. 2 zu § 762, Hellmann Lehrb. S. 880, OLG. Stuttgart SA. XLII Nr. 81. AM. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 4, Gaupp III S. 394, Falkmann Zwangsvollstr. S. 291, OLG. Bamberg Ztſchr. f. d. CPr. VI S. 139 ff.]

§ 765.

Die Klage ist bei dem Verteilungsgericht und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Verteilungsgericht seinen Sitz hat.

Das Landgericht ist für sämtliche Klagen zuständig, wenn seine Zuständigkeit nach dem Inhalte der erhobenen und in dem Termine nicht zur Erledigung gelangten Widersprüche auch nur in betreff einer Klage begründet ist, sofern nicht die sämtlichen beteiligten Gläubiger vereinbaren, daß das Verteilungsgericht über alle Widersprüche entscheiden solle.

Mot. S. 440. KPr. S. 410, 572.

1. „Die Klage" — sc. nach Abs. 1 des § 764. Für die nach Abs. 2 des § 764 vorbehaltenen Klagen gelten die allgemeinen Zuständigkeitsregeln [vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 437].

2. Der Gerichtsstand bei dem Verteilungsgericht — s. § 759 und Bem. Nr. 1 dazu — ist ein ausschließlicher (§ 707). Vgl. Bem. zu § 707.

Die Kammer für Handelssachen ist nie zuständig, weil der Streit keine Handelssache im Sinne des GVG. § 101 sein kann.

„Streitgegenstand" ist der Betrag, bezüglich dessen eine andere Zuteilung, als die im Teilungsplan vorgeschlagene, beantragt ist [vgl. OLG. Darmstadt SA. XLII Nr. 174].

3. Aus dem Protokolle kann jeder Gläubiger entnehmen, welche Widersprüche erhoben und nicht erledigt sind. Ergiebt einer dieser Widersprüche eine vor das Landgericht gehörige Klage, so gehören alle Widerspruchsklagen vor das Landgericht, selbst wenn der Gläubiger, dessen Widerspruch zur landgerichtlichen Zuständigkeit Anlaß gab, nachträglich die Klage nicht erhebt. Auf mehrere Klagen ist § 138 anwendbar.

§ 766.

In dem Urteile, durch welches über einen erhobenen Widerspruch entschieden wird, ist zugleich zu bestimmen, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Teil der Masse auszuzahlen sei. Wird dies nicht für angemessen erachtet, so ist die Anfertigung eines neuen Plans und ein anderweites Verteilungsverfahren in dem Urteile anzuordnen.

KPr. S. 410, 572.

Ist die Widerspruchsklage begründet, so ist in dem Urteil regelmäßig die Abänderung des Teilungsplans auszusprechen. Das Gericht kann jedoch, wenn es nicht für zweckmäßig erachtet, die Korrektur selbst im Urteil vorzunehmen — z. B. wenn eine umfangreiche Kalkulation nötig ist — sich darauf beschränken, den Teilungsplan durch das Urteil aufzuheben, und dem Verteilungsgericht die Anfertigung eines neuen Plans und die Durchführung eines neuen Verteilungsverfahrens übertragen. Das Verteilungsgericht ist in diesem Fall an die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zu Grunde liegt, gebunden und hat darauf den neuen Verteilungsplan zu bauen. Mit diesem Plan ist nach §§ 761 ff. zu verfahren.

§ 767.

Das Versäumnisurteil gegen einen widersprechenden Gläubiger ist dahin zu erlassen, daß der Widerspruch als zurückgenommen anzusehen sei.

KPr. S. 410, 572.

Gleichwie nach § 295 das Versäumnisurteil gegen den Kläger auf Abweisung mit der

Klage lautet, so lautet hier das Urteil auf Aberkennung des Widerspruchsrechts gegen die Ausführung des Teilungsplans. Ein derartiges Urteil präjudiziert dem materiellen Recht des Klägers und verschafft den beteiligten Gläubigern gegen eine nach Ausführung des Teilungsplans erhobene Klage die exceptio rei iud. — Für die Versäumnis des Beklagten gilt die Regel des § 296. — Gegen ein Versäumnisurteil im Verteilungsverfahren ist Einspruch zulässig.

§ 768.

Auf Grund des erlassenen Urteils wird die Auszahlung oder das anderweite Verteilungsverfahren von dem Verteilungsgericht angeordnet.

KPr. S. 410, 572.

Die Auszahlung oder das anderweite Verteilungsverfahren kann erst nach Rechtskraft des Urteils (vgl. §§ 645, 646) angeordnet werden. Vorläufige Vollstreckbarkeit kann nicht ausgesprochen werden.

Dritter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

1. Der dritte Abschnitt handelt von der sog. Realexekution, d. i. von der Vollstreckung der Urteile und anderer Vollstreckungstitel, welche die Verpflichtung aussprechen, etwas anderes als Geld zu leisten, eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, eine Handlung zu dulden, eine Willenserklärung abzugeben.

Die CPrO. läßt die Realexekution zu:

a) zur Erzwingung der Herausgabe einer speziellen beweglichen Sache (§ 769);

b) zur Erzwingung der Herausgabe vertretbarer Sachen, wenn sich solche im Gewahrsam des Schuldners vorfinden (§ 770);

c) zur Erzwingung der Herausgabe, Überlassung oder Räumung einer unbeweglichen Sache (§ 771);

d) zur Erzwingung einer nicht vertretbaren, ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängigen Handlung (§ 774);

e) zur Erzwingung einer Unterlassung oder eines passiven Verhaltens (§ 775).

Ferner hat das Gesetz in § 773 für Vollstreckungstitel, welche zu vertretbaren Handlungen verpflichten, einen eigenartigen, nicht auf direkten Erfüllungszwang hinauslaufenden Vollstreckungsmodus vorgesehen und in § 779 den Grundsatz aufgestellt, daß die rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung die Erklärung ersetze.

Wie die vorstehende Zusammenstellung ersehen läßt, kann es auch unter der Herrschaft der CPrO. noch Vollstreckungstitel geben, deren Realexekution unmöglich ist. Die Möglichkeit einer Realexekution entfällt bei der Verpflichtung (Kondemnation) zur Leistung vertretbarer Sachen, wenn sich nicht Sachen der betreffenden Art im Gewahrsam des Schuldners vorfinden, ferner bei der Verpflichtung zur Vornahme einer nicht vertretbaren, aber nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängigen Handlung. In diesen Fällen bleibt nur die Klage auf das Interesse (§ 778) übrig, wenn der Schuldner der Verpflichtung nicht nachkommt. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß zu der betr. Leistung oder Handlung kondemniert werde.

2. Indem die CPrO. die prozessualische Möglichkeit der Realexekution in den in Bem. Nr. 1 erwähnten Fällen gewährt, entscheidet sie nicht die Frage, ob die Verurteilung zu

einem facere oder non facere überhaupt möglich ist; vielmehr ist diese Frage ausschließlich nach dem materiellen Recht zu beurteilen.

Nach gemeinem Recht, sowie nach preuß. ALR. ist die Möglichkeit einer solchen Verurteilung außer Zweifel.

Ist nach französischem Recht solche Verurteilung möglich? a) Daß Verurteilung zur Vornahme vertretbarer Handlungen (§ 773) zulässig ist, ergiebt sich aus C. c. art. 1143, 1144. Die Vollstreckung solcher Urteile richtet sich nach der CPrO. § 773. b) Die Verurteilung zur Rechnungstellung ist nach franz. Recht zulässig (C. de proc. art. 527 ff., Zachariä franz. Civilrecht II § 413 Nr. 3, Laurent XXVII n. 517—526, Gilbert 1993 n. 12 suppl. n. 2, 6). Die Vollstreckung solcher Urteile erfolgt nach CPrO. § 774. c) Nicht zweifellos ist, ob zur Vornahme anderer Handlungen und ob zu Unterlassungen verurteilt werden kann. Die Antwort hängt ab von der Auslegung des C. c. art. 1142: „Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur." Verbietet dieser Artikel die condemnatio zu einem facere und non facere auf Grund obligatorischer Verpflichtung oder hat derselbe nur den Sinn, daß die condemnatio zu einem facere oder non facere nicht in natura zu vollstrecken, sondern behufs der Vollstreckung in einem Anspruch auf das Interesse umzuwandeln sei? Die erstere Auslegung vertreten Zachariä a. a. O. II § 299 und Larombière I art. 1142 n. 3. Die Zulässigkeit einer condemnatio auf facere und non facere vertreten Demolombe XXIV n°. 491, Laurent XVI n°. 197—204, Garsonnet traité de procédure III p. 446 n. 2, 6. Auch die Urteile das Cass.-H. v. 10. März 1857 (Sirey recueil etc. 1857 I 267), v. 22. Febr. 1862 (Sirey 1862 I 241) und v. 10. Apr. 1872 (Sirey 1872 I 231) sind in diesem Sinn zu verwerten; vgl. a. die Urteile v. 8. Nov. 1864 (Sirey 1865 I 318), v. 26. Jan. 1870 (Sirey 1870 I 159). Die letztere Ansicht dürfte die richtige sein. Daraus folgt, daß derartige Urteile, obwohl sie bis zur Einführung der CPrO. nicht durch direkten Zwang in natura vollstreckbar waren, sondern behufs der Exekution einer Umsetzung in die Interesseobligation bedurften, unter der Herrschaft der CPrO. gemäß §§ 774, 775 vollstreckbar sind; die Unmöglichkeit der Naturalexekution ist durch die deutsche Prozeßgesetzgebung beseitigt. [So auch Struckm. Koch N. 8 zu § 774, Wilm. Levy N. 1 Abs. 2 zu § 778, Gaupp III S. 399 ff., Petersen S. 1073, Hellmann Komm. III S. 145, Falkmann Zwangsvollstr. S. 300.] Würde man sich aber für hier verworfene Interpretation des art. 1142 entscheiden, so wären auch unter der Herrschaft der CPrO. Urteile auf facere und non facere unmöglich; die §§ 774, 775 wären dann für das Gebiet des franz. Rechts gegenstandslos. [Die von v. Sarwey II S. 268 f., Siebenhaar S. 710 f., Endemann II S. 300, Kleiner III 232 vertretene Ansicht, daß der art. 1142 beseitigt sei, ist unhaltbar.]. Vgl. über das Verhältnis des franz. Rechts zu den §§ 774, 775 der CPrO. die Debatte in der JK. d. RT. KPr. S. 413 f., 417 f., ferner Krell Ztschr. f. franz. CR. XIX Heft 2.

§ 769.

Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herauszugeben, so sind dieselben von dem Gerichtsvollzieher ihm wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben.

Wird die herauszugebende Sache nicht vorgefunden, so ist der Schuldner verpflichtet, auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Änderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen.

Mot. S. 441. KPr. S. 410–412, 415, 416, 572–581.

1. § 769 ist anwendbar auf Urteile und andere Vollstreckungstitel, insbes. auch auf einstweilige Verfügungen, nach Inhalt deren der Schuldner schuldig ist, dem Gläubiger eine in Gewahrsam des Schuldners befindliche spezielle bewegliche Sache, einen körperlichen Teil einer solchen oder eine kleinere Quantität aus einer größeren Quantität speziell bestimmter im Gewahrsam des Schuldners befindlicher Sachen (z. B. 20 Sack von einer bestimmten Schiffsladung Kaffee) herauszugeben (dare, tradere, restituere, exhibere). Ob der Anspruch ein binglicher oder obligatorischer ist, ist einerlei. Darüber, ob die richtige Sache weggenommen wurde, kann die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts nach § 685 provoziert werden.

Ist der Schuldner verurteilt, eine von zwei speziell bestimmten Sachen nach Wahl des Gläubigers herauszugeben (vgl. Bem. Nr. 3 Ziff. V a. E. zu § 230), so bestimmt natürlich der Gläubiger, welche Sache der GV. wegnehmen soll. Ist der Schuldner verurteilt, eine von zwei speziell bestimmten Sachen nach seiner Wahl herauszugeben, so geht zwar dadurch, daß der Schuldner mit der Erfüllung des Urteils im Verzug ist, nicht die Wahlberechtigung auf den Gläubiger über (der von Wächter Erörterungen III S. 118 vorgeschlagene Ausweg: Vorsetzung einer Erklärungsfrist unter der Androhung, daß das Wahlrecht auf den Schuldner übergehe, ist nach der CPrO. nicht gangbar), aber der Gläubiger kann ein solches Urteil nach § 769 vollziehen lassen und den Gerichtsvollzieher beauftragen, die eine oder die andere Sache wegzunehmen. Bei der Wahl hat sich der Gerichtsvollzieher an die Instruktion seines Auftraggebers zu halten. Thatsächlich wählt also der Gläubiger. Der Schuldner kann jedoch, bis die Wegnahme einer Sache beendet ist, noch durch Leistung der anderen Sache seine Verbindlichkeit erfüllen [vgl. Windscheid Pand. II § 255 N. 11, Pescatore die sog. alternative Obligation S. 197, Baron Abh. a. d. röm. CPr. II die abjekt. Klagen S. 58 f. N. 19, Entw. e. b. GB. § 210]. Die vorstehenden Sätze sind entsprechend anwendbar bei Verurteilung zur Herausgabe spezieller Sachen oder zur Geldzahlung.

Auf die Herausgabe von Kindern oder anderen unselbständigen Personen findet § 769 Anwendung; denn hierbei kommen diese nur als Objekte einer Herausgabepflicht ebenso wie Sachen in Betracht und weder die §§ 773, 774 noch der § 777 beziehen sich auf positive Herausgabepflicht. [So auch KPr. S. 410, preuß. GA. f. GV. § 96, Francke Offenbarungseid S. 3 f., Wach I S. 275 N. 14 und die meisten Komm. AM. Wilm. Levy N. 2 zu § 769 u. N. 1 zu § 777, Endemann III S. 203, OLG. Darmstadt SA. XXXVIII Nr. 195, OLG. Stuttgart eod. Nr. 289.] Lautet die Verurteilung dahin, der Schuldner habe zu dulden, daß der Gläubiger die Kinder mit sich nehme, so ist allerdings § 777 anwendbar. In der Praxis kommt dabei wohl dasselbe heraus, wie bei Anwendung des § 769 Abs. 1. Nur der Offenbarungseid ist der Herausgabepflicht eigen.

2. Die Wegnahme und Übergabe der Sache durch den GV. hat die gleiche Wirkung, wie die Herausgabe seitens des Schuldners. Sie bewirkt z. B. den Übergang des Eigentums, wenn der Schuldner zur Übertragung des Eigentums verurteilt ist und nach dem anzuwendenden Civilrecht der Eigentumserwerb durch Tradition sich vollzieht; sie bewirkt den Erwerb des sog. juristischen Besitzes oder der bloßen Detention, wenn das Urteil dazu kondemniert. Die Übertragung kann dem Gläubiger das Eigentum nur verschaffen, wenn der Schuldner Eigentümer war, es wäre denn, daß die Art. 306, 307 des HGB. eingriffen. Letztere greifen ein, wenn die Verurteilung zur Eigentumsübertragung auf einer aus dem Handelsbetrieb eines Kaufmanns entstandenen Verpflichtung beruht; denn die cit. Vorschriften hängen mit der deutschrechtlichen Beschränkung der Mobiliarvindikation zusammen, und für den

dritten macht es keinen Unterschied, ob der Besitz an den Gläubiger durch eine Handlung des Schuldners oder des Gerichtsvollziehers überging [AM. v. Schrutka-Rechtenstamm Ztschr. f. Pr. d. CPr. XI S. 161 ff.]. Ob der Gläubiger wegen Eviktion der weggenommenen Sachen Ansprüche gegen den Schuldner erheben kann, ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen. Der Anspruch wegen Eviktion besteht oder besteht nicht, je nachdem er bei freiwilliger Übergabe bestände oder nicht bestände.

3. Zu Abs. 2: Litteratur: Krech Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 229 ff., Francke Offenbarungseid S. 3 ff. Die Norm des Offenbarungseides ist assertorisch. Dieselbe enthält weder das Versprechen, das Auffinden der Sache anzuzeigen, noch die Verneinung frauduloser Beseitigung. — Wiederholung des Offenbarungseides kann gefordert werden, wenn behauptet wird, daß der Schuldner nach Leistung des Eides den Besitz der Sache erlangte. Glaubhaftmachung ist nicht erforderlich. Anderen Gläubigern gegenüber hat dieser Offenbarungseid keine Wirkung (arg. a contr. § 784) [vgl. Wach I S. 271].

Das Verlangen des Offenbarungseides ist nicht Voraussetzung für den Übergang des Gläubigers zur Interesseforderung. Die Einklagung des Interesses schließt aber auch nicht aus, daß der Gläubiger nachträglich auf den Gegenstand der früheren Verurteilung zurückgreife. Der Gläubiger kann von der Verfolgung der Interesseforderung abstehen und den Offenbarungseid und die Herausgabe der Sache fordern. Mit der Zahlung des Interesses erlischt dieses Recht des Gläubigers regelmäßig, doch nicht immer. Es kann sein, daß der Gläubiger das Interesse nur mit dem Vorbehalt angenommen hat, nach der Sache selbst zu greifen, falls dieselbe zum Vorschein kommt. In solchen Fällen ist auch nach Zahlung des Interesses der Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides verbunden (vgl. nordd. Prot. V S. 2058, 2059 und KPr. S. 410 bis 412). — Über die Zuständigkeit zur Abnahme des Offenbarungseides und über das Verfahren s. §§ 780 ff.

4. Über die Gebühren des GV. s. GO. f. GV. § 6.

§ 770.

Hat der Schuldner eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zu leisten, so findet die Vorschrift des § 769 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 441. KPr. S. 561, 562, 572–581, 604–606.

1. Die Entstehungsgeschichte des von der JK. d. RT. eingefügten § 770 s. KPr. S. 572—581, 604—606.

2. Wegen des Begriffs „vertretbare Sachen" vgl. die Citate in Bem. Nr. 1 litt. b zu § 555. Aus dem Urteil muß sich ergeben, ob eine Sache als species oder als vertretbare zu leisten ist [vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 438]; ersterenfalls ist § 769, letzterenfalls § 770 anwendbar. Die Differenz liegt darin, daß letzterenfalls der Offenbarungseid nicht verlangt werden kann. Befinden sich keine Sachen von der bestimmten Qualität in dem Gewahrsam des Schuldners, so ist § 770 nicht anwendbar, zur Anschaffung kann der Schuldner nicht genötigt werden (§ 773 Abs. 3).

Bei der Wegnahme hat der GV. darauf zu achten, daß er Sachen von der richtigen Qualität wegnehme; ist er selbst nicht im stande, dies zu beurteilen, so kann er den Gläubiger oder Sachverständige beiziehen. Darüber, ob die weggenommenen Sachen von der richtigen, urteilsmäßigen Qualität sind, kann jede Partei Entscheidung nach § 685 herbeiführen. Bis die Wegnahme beendet ist, kann der Schuldner zur Erfüllung geeignete Sachen nach seiner Wahl leisten und dadurch die Vollstreckung abwenden.

3. Bem. Nr. 2 zu § 769 findet hierher entsprechende Anwendung.

§ 771.

Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitze zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen.

Bewegliche Sachen, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, werden von dem Gerichtsvollzieher weggeschafft und dem Schuldner oder, wenn dieser abwesend ist, einem Bevollmächtigten desselben oder einer zur Familie des Schuldners gehörigen oder in dieser Familie dienenden erwachsenen Person übergeben oder zur Verfügung gestellt.

Ist weder der Schuldner noch eine der bezeichneten Personen anwesend, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachen auf Kosten des Schuldners in das Pfandlokal zu schaffen oder anderweit in Verwahrung zu bringen.

Verzögert der Schuldner die Abforderung, so kann das Vollstreckungsgericht den Verkauf der Sachen und die Hinterlegung des Erlöses anordnen.

Mot. S. 441. KPr. S. 412, 581. Prot. der 164sten Sitz. S. 10.

1. Die Bestimmungen des § 771 finden Anwendung auf alle Fälle, in denen Herausgabe, Überlassung oder Räumung angeordnet ist, gleichviel, ob zum Zwecke der Übertragung der custodia, der Detention, des juristischen Besitzes oder des Eigentums. Insbesondere ist nach § 771 die Überlassung eines Immobile zum mietweisen Gebrauch zu erzwingen. — Wie die §§ 769, 770, so ist auch § 771 nur anwendbar, wenn der Schuldner die betreffende Sache selbst besitzt.

Bem. Nr. 2 zu § 769 findet hierher entsprechende Anwendung.

2. Was eine unbewegliche Sache ist, bestimmt das Landesrecht. Pertinenzen einer unbeweglichen Sache sind mit dieser Gegenstand der Vollstreckung nach § 771. — Unter Schiffen sind auch Schiffsmühlen zu verstehen (nord. Prot. IV S. 2059).

3. Zu Abs. 2: Pertinenzstücke des Grundstücks sind nicht wegzuschaffen.

4. Zu Abs. 4: Das Vollstreckungsgericht kann den Verkauf und die Hinterlegung sowohl auf Antrag einer Partei oder des Verwahrers wie auch von Amtswegen anordnen (Prot. d. 164. Sitz. d. JK. d. RT. S. 10).

5. Instruktionen zu § 771 enthält preuß. GA. f. GV. § 95. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 3, 39; GO. f. RA. § 23 Nr. 2; GO. f. GV. § 8.

§ 772.

Befindet sich eine herauszugebende Sache im Gewahrsam eines dritten, so ist dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung einer Geldforderung betreffen.

Mot. S 441. KPr. S. 412, 581.

1. § 777 bezieht sich bloß auf die in den §§ 769 und 771 behandelten Verpflichtungen, nicht auf jene des § 770; denn die Befugnis zur Wegnahme in natura ist in § 770 auf den Fall beschränkt, daß sich Sachen der betr. Art im Gewahrsam des Schuldners befinden.

2. Gewahrsam bezeichnet, wie in den §§ 712 Abs. 2, 713, das faktische Innehaben, auch die bloße Detention. Auch wenn der dritte namens des zur Herausgabe Verurteilten besitzt — z. B. als Pächter — ist Vollstreckung nach §§ 769, 771 gegen denselben nicht

möglich; der dritte kann nicht vom GV. außer Besitz gesetzt werden. Giebt der dritte die Sache dem Gläubiger ohne Vollstreckungszwang heraus, so kommt es zu keiner Vollstreckungsmaßregel. Anderenfalls kann nur der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe, wenn ein solcher Anspruch besteht, gepfändet und dem Gläubiger überwiesen werden. Im Gesetz ist auf die Vorschriften verwiesen, welche die Pfändung von Geldforderungen betreffen. Gemeint sind die Vorschriften, welche die Pfändung und Überweisung von Geldforderungen betreffen [so auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 Abs. 2, Gaupp III S. 409 u. a.], also die §§ 729—731, 735, 736 (daß der gepfändete Anspruch nicht an Zahlungsstatt überwiesen werden kann, folgt daraus, daß er keinen Nennwert hat) und die §§ 737—742. Der dritte hat die Sache an den eingewiesenen Gläubiger, nicht an den GV. oder Sequester, herauszugeben. Die §§ 743, 746—753 sind nicht anwendbar, weil sie Pfändung zu Gunsten einer Geldforderung voraussetzen.

3. Ist das Urteil ausnahmsweise nicht bloß gegen den Verurteilten, sondern auch gegen einen dritten vollstreckbar (z. B. § 73 Abs. 4, § 236 Abs. 3), so kommt der dritte als exequendus in Betracht, es kann gegen ihn nach §§ 769, 771 verfahren werden.

§ 773.

Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozeßgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen.

Der Gläubiger kann zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, welche durch die Vornahme der Handlung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Handlung einen größeren Kostenaufwand verursacht.

Auf die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen finden die vorstehenden Bestimmungen keine Anwendung.

Mot. S. 442—444. KPr. S. 413—415, 573, 580—583, 605, 606.

1. Die §§ 773—775 betreffen die Vollstreckung von Erkenntnissen, in welchen zu einem Thun oder Lassen (facere oder non facere) verurteilt ist. Die PrO. faßt, gegensätzlich zu dem römischen Recht, aber sich anschließend der Entwickelung des gem. deutschen Prozeßrechts [vgl. Bayer Vortr. § 366, Wetzell § 50 bei N. 90 ff. 3. Aufl. S. 649 f., Renaud § 171 2. Aufl. S. 511 ff., Wächter Erört. II H. S. 14 ff.] auch hier die wirkliche effektive Erfüllung als Ziel der Vollstreckung ins Auge. Sie unterscheidet positive Handlungen (§§ 773, 774) und negative Handlungen (§ 775). Die positiven Handlungen sind unterschieden in vertretbare (§ 773) und unvertretbare (§ 774); die unvertretbaren zerfallen wieder in solche, deren Vornahme ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist; die letzteren sind nicht erzwingbar.

2. Bei Verurteilung zu einer Handlung, deren Vornahme durch einen dritten erfolgen kann — sog. vertretbare Handlung, ist direkter Zwang gegen die Person des Schuldners nicht vorgesehen, vielmehr soll die Erfüllung durch dritte auf Kosten des Schuldners verwirklicht werden. Vertretbar sind alle Handlungen, deren wirtschaftlicher Wert nicht von der Vornahme durch eine bestimmte Person abhängt, also die gewerblichen und landwirtschaftlichen Arbeits- und Dienstleistungen, Bauführungen, Einreißen von Gebäuden, Vornahme einer Ausspielung [Waag Jahrb. f. Dogm. XXI S. 407]; ferner die Befreiung des

Gläubigers von einer Schuld [OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 525 f.] oder einer Bürgschaft [RG. 14. Sept. 1887 Entsch. XVIII Nr. 102 S. 435] ꝛc. ꝛc.

3. Der Antrag auf Erteilung der Ermächtigung (Abs. 1) und auf Verurteilung zur Vorausbezahlung der Kosten (Abs. 2) kann, wenn nicht in dem Urteil eine Frist zur Vornahme der Handlung gesetzt ist, auf Grund des vollstreckbaren Urteils (§ 644) gestellt werden, ohne daß es einer gerichtlichen Aufforderung zur Erfüllung des Urteils bedarf. Das Gericht wird ermessen, ob der Antrag mit Rücksicht auf die Art der vorzunehmenden Handlung nicht verfrüht ist.

4. Ausschließlich zuständig ist das Prozeßgericht erster Instanz; bei dem Vollstreckungstitel § 702 Nr. 2 das Amtsgericht, vor dem der Vergleich geschlossen wurde [so auch Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 411 f., Fitting Lehrb. § 95 N. 10 u. a. AM. nämlich für Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts Struckm. Koch N. 2, v. Sarwey II S. 269, Kleiner III S. 224]. Auch bei vom Berufungsgericht erlassenen einstweiligen Verfügungen ist zum Verfahren nach §§ 773—775 die erste Instanz zuständig [vgl. OLG. Braunschw. Ztschr. f. d. CPr. VII S. 115]. Verfahren s. § 776.

5. Der Gläubiger, welchem die in Abs. 1 vorgesehene Ermächtigung erteilt ist, hat die Vornahme der betreffenden Handlung durch den dritten selbst zu veranlassen. Er handelt dabei dem dritten gegenüber nicht als Stellvertreter, sein mit dem dritten geschlossener Vertrag verpflichtet nicht den Schuldner. Wegen Zuziehung eines Gerichtsvollziehers vgl. § 777; geboten ist die Zuziehung nicht. Legt der Gläubiger die Kosten aus, so kann er auf Grund des Ermächtigungsbeschlusses die Kosten festsetzen lassen (§ 98) und beitreiben. Außerdem kann der Gläubiger in Verbindung mit dem Antrag auf Ermächtigung (Abs. 1) oder gesondert die Verurteilung des Schuldners zur Vorauszahlung der durch Ausführung der Ermächtigung entstehenden Kosten beantragen; das Gericht muß, wenn die Ermächtigung erteilt wird, diesem Antrag stattgeben; der Beschluß ist Vollstreckungstitel (§ 702 Nr. 3). Stellt sich heraus, daß die Vorauszahlung nicht zur Bestreitung der Kosten ausreichte, so kann der Gläubiger das plus nachfordern. Der Schuldner kann andererseits das zuviel Gezahlte durch besondere Klage zurückfordern.

6. Der Abs. 3 ist von der JK. d. RT. eingefügt, um der Ansicht, daß § 773 auch auf die Verpflichtung zur Herausgabe oder Lieferung von Sachen anwendbar sei, vorzubeugen. Kann die Verpflichtung zur Herausgabe oder Lieferung nicht nach §§ 769—772 vollstreckt werden, so bleibt nur die Klage auf das Interesse (§ 778).

§ 774.

Kann eine Handlung durch einen dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozeßgericht erster Instanz zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von fünfzehnhundert Mark oder durch Haft anzuhalten sei.

Diese Bestimmung kommt im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe nicht und im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nur insoweit zur Anwendung, als die Landesgesetze die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens für zulässig erklären.

Mot. S. 442—444. KPr. S. 413—415, 580—583, 605, 606.

1. Aus den Motiven: „Wenn die geschuldete nicht fungible Handlung ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, gestattet die PrO. einen auf Vornahme der Handlung selbst gerichteten Zwang zu versuchen, damit nicht der Schuldner durch

seinen bösen Willen allein das Recht des Gläubigers vereiteln kann. Der Versuch, die hiernach zu unterscheidenden Fälle im Gesetze von vornherein näher zu bestimmen, ist nicht zu empfehlen. Es läßt sich nur sagen, daß ebensowenig die Aufwendung von Geldmitteln wie die Anwendung irgend einer besonderen Fähigkeit als ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängig angesehen werden kann. Sind Geldmittel erforderlich, so ist die Herbeischaffung derselben, wenn sie der Gläubiger nicht vorschießt, Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Sind besondere Fähigkeiten bei der Handlung anzuwenden, so wird sich nie mit Gewißheit feststellen lassen, daß der Schuldner sie hat; er wird den Mangel derselben durch ungenügende Ausführung der erzwungenen Handlung darthun. Es werden endlich durch § 779 Abs. 1 der Zwangsvollstreckung noch die Fälle gänzlich entzogen, in denen der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, da an Stelle der Erklärung das rechtskräftige Urteil gilt. Für die Zwangsvollstreckung des § 774 bleiben abgesehen von Fällen, in denen zur Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Verpflichtung civilrechtlich ein unmittelbarer Zwang vorgeschrieben ist — Seemannsordnung v. 27. Dez. 1872 § 29, preuß. Gesindeordnungen v. 8. Nov. 1810 §§ 51, 167, v. 11. April 1845 (für Neuvorpommern) §§ 45, 161, v. 19. April 1844 (für die Rheinprovinz) §§ 16, 42 — namentlich Judikate, welche auf Ableistung des civilrechtlich gebotenen Offenbarungseides (EG. § 16 Nr. 3) oder auf Erteilung einer Auskunft, insbesondere auf Rechnungslegung gerichtet sind."

Dazu ist zu bemerken: die zur Vornahme der Handlung erforderlichen Geldmittel können Gegenstand der Geldexekution nur sein, wenn ein darauf bezüglicher Vollstreckungstitel im Wege besonderer Klage erwirkt ist; ein Verfahren nach Art des § 773 ist nicht vorgesehen. — Über die Erzwingung des civilrechtlichen Offenbarungseides s. Bem. Nr. 1 vor § 780. — Über Rechnungslegung vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 251 ff. Anwendung des § 774 auf Erzwingung einer Rechnungslegung oder Auskunftserteilung s. RG. 22. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 109 S. 358, 1. Nov. 1882 VIII Nr. 92 S. 336, auf Bestellung einer Verbalkaution RG. 2. Sept. 1884 Entsch. XIII Nr. 84 S. 341. Dem Antrage auf Anwendung des § 774 gegenüber greift die Verteidigung durch, daß die zu erzwingende Leistung, wenngleich zufolge Nachlässigkeit des Verpflichteten, für diesen thatsächlich nicht möglich ist [RG. Entsch. VIII S. 336 ff.]. — Zur Ausübung eines Wahlrechts kann der Schuldner nicht nach § 774 angehalten werden [RG. 8. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 100 S. 353, 21. Oktober 1884 XII Nr. 46 S. 184]; auch nicht zur Herausgabe oder Leistung von Sachen [nicht zur Verschaffung einer im Eigentum eines dritten befindlichen Sache, OLG. Jena Ztschr. f. d. CPr. VII S. 114] oder zur Bestellung einer Realkaution [RG. 2. Sept. 1884 Entsch. XIII Nr. 84 S. 341].

2. Bem. Nr. 3 zu § 773 findet entsprechende Anwendung. Wegen des zuständigen Gerichts vgl. Bem. Nr. 4 zu § 773. — Verfahren s. § 776.

3. Die Zwangsmittel zur Beugung des Willens des Schuldners sind Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 ℳ und Haft. Auf Geldstrafe kann wiederholt erkannt werden bis zum Gesamtbetrag von 1500 ℳ; das Gericht setzt deren Betrag fest. Die Beitreibung erfolgt von Amtswegen; die Strafe fällt an den Fiskus. Die Umwandelung nicht beitreibbarer Geldstrafen in Haft ist im Gesetz nicht für zulässig erklärt, daher ebenso wie in § 374 ausgeschlossen. [So auch Wilm. Levy N. 2, Gaupp III S. 416, Petersen S. 1077, A. Förster N. 3, Kleiner III S. 226, Hellmann Komm. III S. 142 u. Lehrb. S. 885, Helmkampf Ztschr. f. d. CPr. X S. 121, RG. 22. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 109 S. 360. AM. Struckm. Koch N. 4, Endemann III S. 323, v. Sarwey II S. 272.] — Die Haft ist nicht Strafe, sondern Zwangsmittel. Dieselbe wird nicht auf bestimmte Zeit angeordnet, sondern kann auf Grund einer Anordnung bis zur gesetzlichen Dauer (§ 794) vollzogen werden. Auf die Vollstreckung der Haft sind die §§ 785 ff. anwendbar. Der Gläubiger hat den Vollzug zu betreiben und die Kosten vorzuschießen.

Von den beiden Zwangsmitteln ist dasjenige anzuordnen, welches der Schuldner in seinem Antrage verlangt [so auch Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 2, v. Bülow N. 2, Helmkampf Ztschr. f. d. CPr. X S. 124 u. a. AM. Struckm. Koch N. 2, Gaupp III S. 415, v. Sarwey II S. 271, Petersen S. 1077, Endemann III S. 322, welche das Ermessen des Gerichts entscheiden lassen]. Wenn der Gläubiger die Zwangshaft versuchen will, so kann ihm das nicht gewehrt werden. Umgekehrt kann das Gericht einen Gläubiger, der die Haftkosten nicht bezahlen will oder kann, nicht durch Anordnung der Haft lahmlegen.

Die beiden Zwangsmittel können nacheinander bis zum gesetzlichen Maximum angewendet werden [vgl. RG. Entsch. VII Nr. 109 S. 359].

4. Zu Abs. 2: Landesgesetze, welche einen Zwang zur Eingehung einer Ehe zuließen, sind beseitigt. — Erzwingung der Urteile auf Herstellung des ehelichen Lebens s. Reuß ä. L. AG. z. CPrO. vom 3. Mai 1879 §§ 11, 12.

§ 775.

Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgericht erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu fünfzehnhundert Mark oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das Maß der Gesamtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen.

Der Verurteilung muß eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgericht erster Instanz erlassen wird.

Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden.

Mot. S. 442–444. KPr. S. 413–415, 573, 580–583, 605, 606, 719 f.

1. Der § 774 ist nur anwendbar bei Verurteilung zu bloß passivem Verhalten [über Anwendung auf Verurteilung zum Austritt aus einem Geschäft vgl. OLG. Stuttgart SA. XLIII Nr. 77], nicht wenn zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes positive Vorkehrungen nötig sind [vgl. RG. 24. August 1885 Entsch. XV Nr. 90 S. 343]. Das Zwangsmittel zur Beugung des Willens des Schuldners besteht in Androhung einer nach § 775 zulässigen Strafe. Die Androhung ist entweder auf den in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag des Gläubigers in das Urteil aufzunehmen oder sie ist von dem Prozeßgericht auf Antrag des Gläubigers in einem besonderen Beschlusse auszusprechen. Zu einem solchen Beschlusse ist nicht eine nach dem Urteil liegende Zuwiderhandlung erforderlich [AM. Kerkhof Mag. f. DR. III S. 215 f.]. Da die im nachträglichen Beschluß ausgesprochene Strafandrohung sowenig, wie die in das Urteil aufgenommene, schon den Beginn der Vollstreckung enthält, so ist deren Gültigkeit nicht durch vorherige Zustellung des Urteils bedingt [vgl. RG. 15. Dez. 1887 Entsch. XX Nr. 88 S. 385 ff.]. Verfahren s. § 776.

Für den Fall der Zuwiderhandlung ist eine bestimmte Strafe — z. B. Geldstrafe von 20 ℳ, Haftstrafe von 14 Tagen — anzudrohen [so auch Wilm. Levy N. 3, A. Förster N. 7, v. Sarwey II S. 273, Kleiner III S. 228]. Die Strafandrohung ist bedingte Strafverfügung; tritt die Bedingung — d. i. die Zuwiderhandlung — ein, so ist nur der Verfall auszusprechen. Dabei kann eine erhöhte Strafe oder eine Strafe anderer Art für fernere Zuwiderhandlungen auf Antrag angedroht werden; geschieht dies nicht, so wirkt die frühere Straf-

androhung fort. Die Annahme, daß einfach Geld- oder Haftstrafe bis zum gesetzlichen Maximum anzudrohen und erst im Falle der Zuwiderhandlung die Art und das Maß der Strafe zu bestimmen sei [Struckm. Koch N. 2, Gaupp III S. 420, Petersen S. 1079, Endemann III S. 325] ist zwar mit dem Gesetzestexte nicht unvereinbar; allein nach dem früheren gem. Prozeß (s. JRA. § 162: „soll demselben auf den Fall einiger Contravention ebenmäßig eine gewisse Poen bestimmet — werden", vgl. Seyfart Teutsch. RPr. c. 32 § 23 N. b, Bayer § 336 a. E., Wetzell § 50 bei N. 94, Heffter Syst. § 518 N. 72, Schmid Handb. III S. 348) und nach dem preuß. Prozeß (AGO. I 24, § 34, VO. v. 4. März 1834 § 10) war die konkrete Strafe anzudrohen (vgl. a. preuß. Entw. § 1041); es ist aus dem Gesetze nicht ersichtlich, daß man davon abweichen wollte.

Die Wahl zwischen Geld- und Haftstrafe sowie das Maß der anzudrohenden Strafe steht im Ermessen des Gerichts; der Antrag des Gläubigers kann nicht für die Wahl maßgebend sein, da die Haft hier, abweichend von § 774, Strafe ist und von Amtswegen vollzogen wird [so auch Struckm. Koch N. 2, Fitting § 95 N. 16, v. Sarwey II S. 273, Gaupp III S. 420, Petersen S. 1078. AM. Wilm. Levy N. 1, Hellmann Komm. III S. 143].

2. Die Verurteilung zu der angedrohten Strafe erfordert einen Antrag des Gläubigers, in welchem behauptet wird, daß der Schuldner nach der Strafandrohung der Verpflichtung zuwider gehandelt habe. Für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung ist die angedrohte Strafe auszusprechen (Mot. S. 444). Sind mehrere Zuwiderhandlungen gleichzeitig zu bestrafen, so ist eine Gesamtstrafe auszusprechen. Auf mehrere Geldstrafen ist ihrem vollen Betrage nach zu erkennen; hierbei kann über 1500 ℳ hinausgegangen werden [OLG. Braunschweig SA. XLIII Nr. 78]. Auf mehrere Haftstrafen ist ebenfalls ihrem vollen Betrag nach zu erkennen; doch darf die Gesamthaftstrafe zwei Jahre nicht übersteigen. Auf eine Gesamthaftstrafe ist auch zu erkennen, wenn ein zweiter oder folgender Fall der Zuwiderhandlung zu bestrafen ist, bevor eine frühere Haftstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist (vgl. StGB. § 79); auch hier gilt die Maximalgrenze von zwei Jahren. Dagegen können nacheinander Haftstrafen ausgesprochen werden, deren Summe die Dauer von zwei Jahren übersteigt (KPr. S. 415). — Verfahren s. § 776.

Die Beitreibung der Geldstrafen erfolgt von Amtswegen; die Strafe fällt in die Staatskasse. Eine Umwandlung nicht beitreibbarer Geldstrafen in Haft ist nicht zulässig; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 774.

Die Haft ist hier nicht Zwangsmittel, sondern Strafe für den Ungehorsam gegen die gerichtliche Anordnung. Dies ergiebt den Ausdruck „Strafe der Haft" (vgl. a. § 345 Abs. 1) im Gegensatz zu „Haft" in den §§ 355 Abs. 2, 774, 782, 812. Die Motive (S. 446) bestätigen dies, indem sie bei Aufzählung der Fälle, in denen die §§ 785 ff. anwendbar sind, den dem § 775 entsprechenden § des Entw. nicht erwähnen. Vgl. a. nordd. Entw. 1056, wo Gefängnisstrafe angedroht ist. Die Haftstrafe ist von Amtswegen zu vollstrecken; auf deren Vollzug sind nicht die §§ 785 ff., sondern es ist StPO. § 483 anwendbar. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 420, v. Sarwey II S. 273, Kohler Recht des Markenschutzes S. 344, 375 f. AM. Hellmann Komm. III S. 143 u. Lehrb. S. 887.]

3. Zu Abs. 3: Das Verfahren s. § 776. Die Bewilligung des Antrags steht im Ermessen des Gerichts. Über das Verfahren vgl. § 776. Der Beschluß, welcher zur Sicherheitsbestellung verurteilt, ist Vollstreckungstitel (§ 702 Nr. 3). Für die Geldstrafen haftet die Sicherheit nicht (KPr. S. 719 f.); sie ist nur für den Gläubiger bestimmt.

§ 776.

Die in Gemäßheit der §§ 773—775 zu erlassenden Entscheidungen

können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Schuldner zu hören.

Mot. S. 444, 445. KPr. S. 416, 417, 583.

1. Die Anträge auf Erlassung der Entscheidungen nach §§ 773—775 müssen, wenn das zuständige Prozeßgericht ein Landgericht ist, schriftlich durch einen Anwalt, sie können, wenn das Prozeßgericht ein Amtsgericht ist, ohne Anwalt schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gestellt werden.

2. Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Beweiserhebungen sind zulässig, aber keine bedingten Urteile. Nach dem Schlußsatze des § 776 muß dem Gegner vor der Entscheidung Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Erklärung gegeben werden. Die Entscheidung nach § 775 Abs. 2 (Strafandrohung) ist nicht ausgenommen, obwohl hierfür das Gehör des Gegners nicht paßt. — Auf die Abgabe der Erklärung findet Bem. Nr. 1 entsprechende Anwendung.

3. Die Entscheidungen sind Beschlüsse [vgl. RG. 14. Juni 1887 Entsch. XVIII Nr. 76 S. 360]. Werden sie verkündet, so bedarf es nicht der Zustellung (§ 294 Abs. 1); sonst sind sie beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3). Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde ohne Suspensiveffekt statt (§§ 701, 535 Abs. 1). [Vgl. bay. o. LG. SA. XLII Nr. 255, OLG. Braunschweig SA. XLIII Nr. 79. Das RG. Entsch. XVIII Nr. 76 S. 361 hat gegen eine sich als Urteil bezeichnende Entscheidung Berufung für zulässig erklärt; dagegen mit Recht Hagemann Ztschr. f. d. CPr. XII S. 400 f.]

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 27 Nr. 2, 39 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31, 33 Abs. 2, 34.

§ 777.

Leistet der Schuldner Widerstand gegen die Vornahme einer Handlung, welche er nach den Bestimmungen der §§ 773, 775 zu dulden hat, so kann der Gläubiger zur Beseitigung des Widerstandes einen Gerichtsvollzieher zuziehen, welcher nach den Bestimmungen des § 678 Abs. 3 zu verfahren hat.

Mot. S. 445. KPr. S. 417, 418, 583.

1. Eigenmächtiges Vorgehen zur Brechung des Widerstandes ist dem Gläubiger weder im Falle des §§ 773 noch im Falle des § 775 gestattet (KPr. S. 417).

2. Wegen der Gebühren des GV. s. GO. f. GV. § 8.

§ 778.

Durch die Bestimmungen dieses Abschnitts wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung des Interesse zu verlangen.

Den Anspruch auf Leistung des Interesse hat der Gläubiger im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen.

Mot. S. 445. KPr. S. 417, 418, 583.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Das Recht des Gläubigers, statt der wirklichen Erfüllung einer Verpflichtung sein Interesse zu fordern, wird durch die Bestimmungen dieses Abschnitts weder ausgeschlossen noch begründet. Die Grundsätze darüber, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger zu der Interesseforderung übergehen, insbesondere die Naturalerfüllung der Verpflichtung zurückweisen kann, und ob derselbe an den Übergang zur Interesseforderung gebunden ist, gehören dem materiellen Rechte an (vgl. HGB. Art. 356 f.)." Vgl. a. Entw. e. b. GB. § 243.

Über die Frage, ob nach franz. Civilrecht eine Verurteilung auf facere oder non facere zulässig und wie solche zu vollstrecken sei, vgl. Bem. Nr. 2 vor § 769 (S. 874).

2. Zu Abs. 2: Will der Gläubiger die Umsetzung einer anderen Kondemnation in eine Verurteilung zur Leistung des Interesse, d. i. in eine Geldkondemnation, bewirken, so muß er Klage erheben; es entwickelt sich ein neuer Prozeß; für denselben gelten die allgemeinen Regeln. Eine Besonderheit ist nur die von der Höhe der Interesseforderung unabhängige sachliche und örtliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts erster Instanz. Über deren Ausschließlichkeit vgl. Bem. zu § 707. Über Nichtanwendbarkeit des § 10 auf die in § 778 Abs. 2 enthaltene Zuständigkeitsregel s. RG. 11. März 1885 Entsch. XIII Nr. 96 S. 367. Über die Geltendmachung der Interesseforderung durch Einrede s. RG. 29. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 926.

Die Zuständigkeitsbestimmung gilt auch für den Vollstreckungstitel des § 702 Nr. 1. Wegen der Vergleiche des § 702 Nr. 2 s. Bem. Nr. 4 zu § 773.

§ 779.

Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist.

Die Vorschrift des ersten Absatzes kommt im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung.

Mot. S. 443, 444. KPr. S. 418, 419, 583, 720.

1. Vgl. preuß. Ges. v. 24. Mai 1853 § 32, v. 21. März 1868 § 96, v. 5. Mai 1872 §§ 3, 19 Nr. 2, 53, 65 Abs. 2, Grundbuchordn. §§ 53, 85, 94 Nr. 2.

2. „Die Erklärung gilt als abgegeben" — fiktive Ausdrucksweise statt: das rechtskräftige Urteil hat die Wirkungen der Erklärung. [Vgl. Wach I S. 12, Kohler Markenschutz S. 346.] Das Urteil ersetzt auch gerichtlich oder notariell abzugebende Erklärungen Verschieden von der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ist die Verurteilung zur Beisetzung einer Unterschrift zur Indossierung eines Ordrepapiers, zur Ausstellung eines Zeugnisses oder einer Quittung; darauf ist nicht § 779 sondern § 774 anwendbar. Das ausländische Urteil und der Schiedsspruch bedürfen des Vollstreckungsurteils (§§ 660, 868), um die in § 779 bestimmte Wirkung zu haben [RG. 28. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 104 S. 421]. Aber die Vollstreckungsklausel ist nur in den Fällen des § 671 Abs. 2 nötig.

3. Der Satz: „Ist die Willenserklärung — erteilt ist" wurde von der JK. d. RT. eingefügt. Derselbe paßt vollkommen auf Verurteilung zur Abgabe einer von einer Vorleistung abhängigen Willenserklärung. Ist die Willenserklärung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung abzugeben, so ergiebt sich das Bedenken, daß die §§ 664, 666 auf Urteile, welche zur Leistung „Zug um Zug" verurteilen, nicht anwendbar sind (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 664). Vielleicht wurde dies in der JK. d. RT. übersehen. Deswegen wäre aber das Gesetz, wie es nun einmal besteht, doch verbindlich. Dasselbe statuirt eben die Anwendbarkeit dir §§ 664, 666 auf den bezeichneten Fall und stellt dadurch die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung der Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung gegen Vorleistung gleich. [Vgl. Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 739 f., Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 331, Entw. e. d. GB. S. 81 N. 1.]

4. Auf andere Vollstreckungstitel als Urteile ist § 779 nicht anwendbar.

Vierter Abschnitt.

Offenbarungseid und Haft.

Litteratur: Schönfeld Offenbarungseid und Haft (Gnesen 1888).

1. **Offenbarungseid.** Litteratur: Francke der Offenbarungseid (Berlin 1885), Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 314 ff., Mugdan eod. V S. 262 ff. u. Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 274 ff., Krech eod. XXVI S. 218 ff., Grisebach Mag. f. DR. II S. 233 ff., Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 342 ff., Bunsen Meckl. Ztschr. II S. 321 ff., Bl. f. RA. XLVII S. 130 ff., ErgBd. III S. 1 ff. — Die Vorschriften des 8. Buchs 4. Abschn. über das Verfahren bei Abnahme des Offenbarungseides und zur Erzwingung desselben beziehen sich auf den Offenbarungseid des § 711 (vgl. a. preuß. AG. z. GKG. v. 10. März 1879 § 30 Abs. 2) und des § 769, ferner gemäß KO. § 65 auf den Offenbarungseid der KO. § 115. Dieselben sind nicht anwendbar auf den civilrechtlich — z. B. l. 22 § 10 C. de iure delib. 6, 30 [dazu RG. Entsch. VIII Nr. 41]; Nov. 1 c. 2; pr. ALR. I 9 §§ 440, 441; pr. AGO. I 22 §§ 28, 29 [dazu RG. Entsch. IX Nr. 72]; bay. LR. III c. 1 § 18 Nr. 19; C. de proc. art. 943; bay. AG. z. CPr. § 85 — gebotenen Manifestationseid; das Urteil auf Leistung eines solchen Eides ist nach § 774 vollstreckbar. [So die Mot. S. 443, alle Kommentare, Grisebach a. a. O. S. 234 ff., Krech a. a. O. S. 220, Francke a. a. O. S. 108 ff., Just a. a. O. S. 334 ff., RG. 2. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 104 S. 397. AM. Mugdan Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 274 ff.] Auch vor welcher Behörde (Notar, Verlassenschaftsbehörde, Vormundschaftsbehörde, Gericht) ein civilrechtlicher Offenbarungseid zu leisten ist, bestimmt das Landesrecht. War das Gericht nicht zuständig zur Abnahme des Eides ohne Urteil, so ist nicht abzusehen, wie es durch das Urteil zuständig dazu werden sollte. Ist nach Landesrecht der Eid vor Gericht zu leisten, so ist das Prozeßgericht erster Instanz — nicht das Vollstreckungsgericht des § 684, denn die Eidesleistung ist nicht Vollstreckungshandlung — zuständig zur Abnahme. [Ähnlich Francke a. a. O. S. 110 ff., RG. 2. Mai 1882 Entsch. XI Nr. 104 S. 397.] Nach Landesrecht ist auch die Formel des Eides zu bestimmen.

2. **Haft:** Die Vorschriften des 8. Buchs 4. Abschn. über Haft finden Anwendung auf alle Fälle der Zwangshaft im Vollstreckungsverfahren (KPr. S. 420), also auf die Zwangshaft nach §§ 774, 782; ferner nach § 355 Abs. 2 auf die Zwangshaft zur Erzwingung des Zeugnisses, nach § 812 auf den persönlichen Sicherheitsarrest und nach KO. § 65 auf die Haft gegen den Gemeinschuldner (KO. §§ 93, 98). Nicht auf die Haftstrafe der §§ 345, 355 Abs. 1 und 775.

Nur in den im Gesetze vorgesehenen Fällen ist die Haft als Exekutionsmittel zulässig (KPr. S. 420 f.). — Die Haft ist zulässig gegen prozeßfähige Personen und gegen die gesetzlichen Vertreter nicht prozeßfähiger Parteien, nicht gegen prozeßunfähige Personen [Merkel Arrest S. 74].

§ 780.

Für die Abnahme des Offenbarungseides ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner im Deutschen Reiche seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat, als Vollstreckungsgericht zuständig.

Mot. S. 445. KPr. S. 419, 420, 583.

„Wohnsitz" — s. Bem. Nr. 1 zu § 13. Die Bestimmungen über gesetzlichen und accessorischen Wohnsitz (§§ 14—17) sind zu § 780 anwendbar. — „Aufenthaltsort" —

s. Bem. Nr. 1 zu § 18. Die Zuständigkeit des Gerichts des Aufenthaltsorts tritt hier schon in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes ein. — Die Zuständigkeit ist eine ausschließliche (§ 707).

§ 781.

Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides.

Bestreitet der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Eides, so ist von dem Gerichte durch Urteil über den Widerspruch zu entscheiden. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils.

§ 782.

Gegen den Schuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine nicht erscheint oder die Leistung des Eides ohne Grund verweigert, hat das Gericht zur Erzwingung der Eidesleistung auf Antrag die Haft anzuordnen.

Mot. S. 445. KPr. S. 420, 583.

1. Litteratur s. Bem. Nr. 1 vor § 780; dazu Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 45 f.

2. Die Ladung erfolgt auf Betreiben des Gläubigers. Vermittelung durch den Gerichtsschreiber: § 458. Ladungsfrist: § 194 [vgl. Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 631, Krech a. a. O. S. 242, Francke S. 66 ff.]. Zustellung nach § 152 ff. Die Ladung muß als Zweck des Termins die Leistung des Offenbarungseides nach § 711 (daß darin das Begehren des Vermögensverzeichnisses liegt, s. Bem. Nr. 2 zu § 711) oder § 769 bezeichnen. Die eventuelle Verhandlung über den Widerspruch des Schuldners braucht nicht als Zweck des Termins besonders angegeben zu werden, dazu ist der Schwurtermin kraft Gesetzes bestimmt [AM. das OLG. Jena Jur. Wochenschrift 1880 Nr. 20. Dagegen Drache a. a. O. S. 316 ff.]. Der Vorsitzende muß den Termin in das Ladungsformale einsetzen, ohne zu untersuchen, ob die Voraussetzungen zum Offenbarungseid vorliegen. [Vgl. Krech S. 260. AM. Mugdan Ztschr. f. d. CPr. V S. 266 ff., Francke S. 59, Just S. 356.)

3. a) Sind im Termine beide Parteien erschienen und erklärt sich der Schuldner zur Leistung des verlangten Offenbarungseides bereit, so hat das Gericht den Eid abzunehmen. Erklärt ein Bevollmächtigter des Schuldners dessen Bereitwilligkeit zur Eidesleistung, so kann nach Umständen vertagt oder nach § 441 verfahren werden. Doch hat das Gericht, ehe es zur Eidesabnahme schreitet, ex officio zu prüfen, ob es zuständig ist, ob der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel hat, ob dieser Titel dem Schuldner zugestellt ist, ob die sonstigen Voraussetzungen des Offenbarungseides vorhanden sind — also bei dem Eide nach § 711, ob die in § 711 geforderte Glaubhaftmachung vorliegt; bei dem Eide nach § 769, ob es sich um eine res specialis handelt 2c. 2c. Entdeckt das Gericht einen Mangel in diesen Voraussetzungen, so muß es die Abnahme des Eides verweigern [vgl. Krech a. a. O. S. 243 ff.; auch Mugdan Ztschr. f. d. CPr. S. 266 ff., Francke S. 59 ff., Just S. 356 verlangen die Offizialprüfung dieser Punkte, aber schon vor der Terminsbestimmung]. Diese Weigerung ist in Form eines Beschlusses auszusprechen, wenn der Schuldner auf seiner Bereitwilligkeit zur Eidesleistung beharrt. Gegen den abweisenden Beschluß steht beiden Parteien sofortige Beschwerde zu (arg. § 701; vgl. diese Bem. unter litt. c g. E.). [AM. Krech a. a. O., welcher einf. Beschwerde für zulässig hält].

b) Sind beide Parteien erschienen und bestreitet der Schuldner persönlich oder durch einen Bevollmächtigten die Verpflichtung zur Leistung des Eides, so beginnt die Verhandlung über die Eidespflicht. Für diese Verhandlung gilt der Grundsatz der Mündlichkeit. Dieselbe hat nicht, wie die fakultativ mündliche Verhandlung, nur informatorische Bedeutung. Dies folgt daraus, daß das Gesetz die Entscheidung in diesem Fall als Urteil bezeichnet; denn es giebt kein Urteil ohne mündliche Verhandlung (vgl. Bem. Nr. 1 vor § 272). [So auch Struckm. Koch N. 2 zu § 781, Gaupp III S. 431 f., Drache a. a. O. S. 328, Francke a. a. O. S. 43 ff., Just a. a. O. S. 353, Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 345 f. AM. Wilm. Levy N. 3 zu § 781, Krech S. 250 ff., Mugdan a. a. O. S. 269 ff. Die auch von Krech verwertete Angabe v. Wilmowskis, daß die Vorkommission, welche statt „Entscheidung" „Urteil" setzte, eine formelle mündliche Verhandlung nicht gewollt habe, dürfte nichts beweisen; waren die Mitgl. d. Komm. sich nicht bewußt, was sie durch das Wort „Urteil" bewirkten, so ging es ihnen wie dem Mann im Märchen, der das Zauberwort ausspricht.] Die Verhandlung dreht sich um die prozessualische Frage, ob der Schuldner zur Leistung des vom Gläubiger verlangten Eides verbunden ist. Materiellrechtliche Einwendungen gegen den im Urteil festgestellten Anspruch (§ 686) können von dem Vollstreckungsgericht nicht entschieden werden (Mot. z. Entw. I S. 483); aber das Vollstreckungsgericht kann, wenn der Rechtsstreit über solche Einwendungen anhängig ist, die Verhandlung über die Manifestationspflicht aussetzen (§ 139) und außerdem die Verhandlung vertagen. Das Urteil kann mit Berufung angefochten werden. [So auch Struckm. Koch N. 3 zu § 781. Gaupp III S. 432, Petersen S. 1087, Puchelt II S. 650, Hellmann Komm. III S. 149 u. Lehrb. S. 855 f., Bl. f. RA. XLVII S. 132, Francke a. a. O. S. 49, Just a. a. O. S. 357, RG. 22. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 135 S. 412. AM., nämlich für Anfechtbarkeit durch sofortige Beschwerde Wilm. Levy N. 3 zu § 781, Endemann III S. 335, Krech a. a. O. S. 255, Bl. f. RA. III Erg.-Bd. S. 4 ff.] Ist das Urteil rechtskräftig, so muß der Gläubiger den Schuldner von neuem laden. Nur wenn der Schuldner auf Rechtsmittel verzichtet, kann ihm der Eid sofort abgenommen werden. — Daß das Urteil über die bestrittene Verpflichtung zum Offenbarungseid von dem in § 780 bezeichneten Gericht zu erlassen sei, ergiebt sich direkt aus dem Gesetzestexte sowie aus nordd. Entw. §§ 1035 Abs. 2. [Vgl. Drache a. a. O. S. 325 ff., Krech a. a. O. S. 248, Francke a. a. O. S. 37. Unrichtig v. Sarwey II S. 280 f.]

c) Sind beide Parteien erschienen und verweigert der Schuldner ohne Grundangabe die Eidesleistung, so ist auf Antrag des Gläubigers durch Beschluß gegen den Schuldner die Haft anzuordnen und Haftbefehl zu erlassen. Doch muß das Gericht auch hier ex officio prüfen, ob die in litt. a erwähnten prozessualischen Voraussetzungen des Antrags gegeben sind; bei einem Mangel derselben müßte der Antrag abgewiesen werden. Gegen den dem Antrag stattgebenden Beschluß steht dem Schuldner, gegen den abweisenden Beschluß dem Gläubiger die sofortige Beschwerde zu (arg. § 701); denn wenn kein Widerspruch seitens des Schuldners erfolgt, ist die Entscheidung nicht durch Urteil zu erlassen; es liegt also eine Entscheidung vor, die ohne mündliche Verhandlung erlassen werden konnte. [So auch Struckm. Koch N. 2 zu § 782, Wilm. Levy N. 2 zu § 782, Gaupp III S. 433, Petersen S. 1087, Francke a. a. O. S. 78 f., Krech a. a. O. S. 270 läßt gegen die Anordnung der Haft sofortige, aber gegen den abweisenden Beschluß einfache Beschwerde zu. Kleiner III S. 259 läßt kein Rechtsmittel zu, vgl. a. Bl. f. RA. XLVII S. 116.] — Ebenso wäre zu verfahren, wenn trotz rechtskräftiger Entscheidung über den Widerspruch des Schuldners neue Weigerung unter Wiederholung der früheren Widerspruchsgründe eintreten sollte.

4. Ist in dem Termine nur der Gläubiger erschienen, so ist auf dessen Antrag ebenso zu verfahren, wie im Falle der Bem. Nr. 3 litt. c [vgl. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 347].

5. Ist im Termine nur der Schuldner erschienen, so ist zu unterscheiden: a) Der Schuldner erklärt sich zur Eidesleistung bereit; dann ist der Eid, ohne daß es einer Entscheidung bedarf, abzunehmen, es wäre denn, daß das Gericht bei der hier wie im Falle der Bem. Nr. 3 litt. a anzustellenden Offizalprüfung einen Mangel der prozessualischen Voraussetzungen entdeckte, in welchem Fall durch Beschluß die Weigerung des Gerichts zur Mitwirkung bei der Eidesleistung auszusprechen wäre. b) Widerspricht der Schuldner der Verpflichtung zur Eidesleistung, so tritt wieder das Bedürfnis mündlicher Verhandlung und eines Urteils ein. Zu dieser Verhandlung ist der Gläubiger nicht erschienen. In analoger Anwendung des § 295 ist auf Antrag des Schuldners gegen den Gläubiger ein Versäumnisurteil zu erlassen, in welchem der in der Ladung gelegene Antrag auf Leistung des Offenbarungseides abgewiesen wird. Dagegen steht dem Gläubiger der Einspruch zu. [So auch Struckm. Koch N. 4 zu § 781, Gaupp III S. 431, Hellmann Komm. III S. 149, Just a. a. O. S. 357 u. a. AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 781, Petersen S. 1086, A. Förster N. 5 zu § 781, Drache a. a. O. S. 321 ff., Krech a. a. O. S. 259, Francke a. a. O. S. 72 ff., OLG. Hamburg SA. XL Nr. 331.]

6. Die Kosten des Verfahrens sind nach §§ 87, 697 zu beurteilen. Über dieselben ist vom Gericht in Beschluß oder Urteil zu entscheiden. Festsetzung nach § 98. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 in der Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881.

7. Von der Ladung eines Offiziers zur Leistung des Offenbarungseides hat in Preußen der Gerichtsschreiber dem Militärvorgesetzten Nachricht zu geben. Preuß. JMBl. 1880 S. 41, 92.

§ 783.

Der verhaftete Schuldner kann zu jeder Zeit bei dem Amtsgerichte des Haftorts beantragen, ihm den Eid abzunehmen. Dem Antrag ist ohne Verzug stattzugeben.

Nach Leistung des Eides wird der Schuldner aus der Haft entlassen und der Gläubiger hiervon in Kenntnis gesetzt.

Mot. S. 445. KPr. S. 420, 583.

1. Das Amtsgericht des Haftorts kann von dem in § 780 bezeichneten Gericht verschieden sein. Das Gericht kann aus dem Haftbefehl die Eidesnorm entnehmen (§ 789). Im Falle des § 711 darf ohne Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses der Eid nicht abgenommen werden; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 711 [so auch Krech a. a. O. S. 272 f. N. 135]. Über die Eidesleistung ist ein Protokoll zu errichten. Die Zurücknahme des Haftbefehls wird nicht beschlossen. Der Schuldner kann sich durch eine beglaubigte Abschrift des Protokolls gegen wiederholte Verhaftung schützen (§ 691 Nr. 4). Zu der Eidesleistung braucht der Gläubiger nicht geladen zu werden; derselbe erfährt dieselbe erst nach der Entlassung des Schuldners durch formlose Offizialmitteilung des Gerichts. Beanstandet der Gläubiger hintendrein die Ordnungsmäßigkeit der Eidesleistung, so bleibt ihm nichts übrig, als das Verfahren nach § 781 von vorn anzufangen und einen neuen Haftbefehl zu erwirken.

2. Hat der Schuldner es bis zur Erlassung des Haftbefehls kommen lassen, so kann er nicht [wie Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 637 und Francke a. a. O. S. 83 annehmen] vor der Verhaftung den Gläubiger vor das Gericht (§ 780) laden und durch Leistung des Eides der Verhaftung vorbeugen. Er kann sich gegen den Haftbefehl beschweren und im Beschwerdeverfahren den Eid leisten; er kann auch im Einverständnis mit dem Gläubiger einen Termin zur Eidesleistung erwirken; aber er kann sowenig nach dem Haftbeschluß die

Initiative durch Ladung des Gegners ergreifen, als er dies vor dem Haftbeschluß konnte [vgl. Kretzschmar a. a. O. S. 271 f., Hellmann Lehrb. S. 857].

§ 784.

Ein Schuldner, welcher den im § 711 erwähnten Offenbarungseid geleistet hat, ist zur nochmaligen Leistung des Eides auch einem anderen Gläubiger gegenüber nur verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben habe.

Mot. S. 445. KPr. S. 420, 421, 583.

1. Da der Offenbarungseid des § 711 das gesamte Vermögen des Schuldners erfaßt, so wirkt dessen Leistung nicht nur für andere Forderungen desselben Gläubigers, sondern auch gegen andere Gläubiger (Mot. S. 445, nordd. Prot. IV S. 2071). Wird späterer Vermögenserwerb bescheinigt (§ 266), so kann derselbe Gläubiger, es können andere Gläubiger die Wiederholung verlangen. Vgl. § 795. Die Vorschrift des § 784 ist von Amtswegen zu beachten, also auch wenn der Schuldner im Termine nicht erschienen oder zur Eidesleistung bereit ist.

2. Bei dem Offenbarungseid nach § 769 ist die Wiederholung nicht ausgeschlossen (Mot. S. 445, nordd. Prot. IV S. 2058). Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 769.

§ 785.

Die Haft ist unstatthaft:

1) gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode, sofern nicht die Versammlung die Vollstreckung genehmigt;
2) gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppenteil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
3) gegen den Schiffer, die Schiffsmannschaft und alle übrigen auf einem Seeschiff angestellten Personen, wenn das Schiff zum Abgehen fertig (segelfertig) ist.

Mot. S. 446. KPr. S. 420, 421, 583.

1. Durch § 785 wird weder die Anordnung der Haft noch die Erlassung des Haftbefehls, sondern nur die Vollstreckung gehindert. Einwendungen auf Grund des § 785 sind nach § 685 geltend zu machen.

2. Zu Nr. 1: Vgl. Reichsverfassung Art. 31; preuß. Verf.-Urk. Art. 84, bayer. Verf.-Urk. Tit. VII § 36, württ. G. v. 23. Juni 1874 Art. 8 ꝛc.

3. Zu Nr. 2: „Militärpersonen" s. Bem. Nr. 2 zu § 14; — „mobilen Truppenteil" — „in Dienst gestelltes Kr." — s. Bem. Nr. 1 zu § 184.

4. Zu Nr. 3: Aus HGB. Art. 445, 446 Abs. 3 wiederholt. Ob ein Schiff See- oder Flußschiff ist, richtet sich nach der Verwendung im einzelnen Fall.

§ 786.

Die Haft wird unterbrochen:

1) gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung für die Dauer der Sitzungsperiode, wenn die Versammlung die Freilassung verlangt;
2) gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppenteil oder auf

ein in Dienst gestelltes Kriegsfahrzeug einberufen werden, für die Dauer dieser Verhältnisse.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

Vgl. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 785. — Das Amtsgericht des Haftorts (§ 684) hat auf Verlangen der Versammlung (Nr. 1) oder auf Mitteilung der Einberufungsordre (Nr. 2) die Freilassung zu verfügen. Der Gläubiger muß nicht gehört werden. Der Schuldner kann von § 685 Gebrauch machen.

§ 787.

Gegen einen Schuldner, dessen Gesundheit durch die Vollstreckung der Haft einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt wird, darf, so lange dieser Zustand dauert, die Haft nicht vollstreckt werden.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

1. Bem. Nr. 1 zu § 785 findet hierher entsprechende Anwendung.

2. Aus dem in § 787 angeführten Grunde kann auch die Unterbrechung der Haft im Wege der Einwendung nach § 685 verlangt werden.

§ 788.

Die Haft wird in einem Raume vollstreckt, in welchem nicht zugleich Untersuchungs- oder Strafgefangene sich befinden.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

1. Die Motive bemerken: „Daß die Haft nur in Entziehung der Freiheit besteht, versteht sich nach § 18 Abs. 2 des StGB. von selbst."

2. In einem Gebäude, in welchem auch Untersuchungs- oder Strafgefangene sich befinden, sowie auch in einem Raume, welcher sonst für Untersuchungs- oder Strafgefangene benutzt wird, darf die Haft vollstreckt werden.

§ 789.

Das Gericht hat bei Anordnung der Haft einen Haftbefehl zu erlassen, in welchem der Gläubiger, der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen sind.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 585.

1. Der Haftbefehl ist die vollstreckbare Ausfertigung des Haftbeschlusses. Derselbe bildet die formelle Grundlage der Vollstreckung.

2. „Grund der Verhaftung" — also die Erzwingung des Zeugnisses in der zu bezeichnenden Prozeßsache, die Erzwingung der genau zu bezeichnenden Handlung, des Offenbarungseides in anzugebender Fassung.

§ 790.

Die Verhaftung des Schuldners erfolgt durch einen Gerichtsvollzieher. Der Haftbefehl muß bei der Verhaftung dem Schuldner vorgezeigt und auf Begehren abschriftlich mitgeteilt werden.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

Näheres s. preuß. GA. f. GV. § 98. Wegen Nachverhaftung eines bereits verhafteten Schuldners eod. § 99.

§ 791.

Vor der Verhaftung eines Beamten, eines Geistlichen oder eines Lehrers

an öffentlichen Unterrichtsanstalten ist der vorgesetzten Dienstbehörde von dem Gerichtsvollzieher Anzeige zu machen. Die Verhaftung darf erst erfolgen, nachdem die vorgesetzte Behörde für die dienstliche Vertretung des Schuldners gesorgt hat. Die Behörde ist verpflichtet, ohne Verzug die erforderlichen Anordnungen zu treffen und den Gerichtsvollzieher hiervon in Kenntnis zu setzen.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

„Beamten", „Geistlichen" — s. Bem. Nr. 5 zu § 715.

§ 792.

Der Gläubiger hat die Kosten, welche durch die Haft entstehen, einschließlich der Verpflegungskosten von Monat zu Monat vorauszuzahlen. Die Aufnahme des Schuldners in das Gefängnis ist unstatthaft, wenn nicht mindestens für einen Monat die Zahlung geleistet ist. Wird die Zahlung nicht spätestens bis zum Mittage des letzten Tages erneuert, für welchen sie geleistet ist, so wird der Schuldner von Amtswegen aus der Haft entlassen. Gegen den Schuldner, welcher aus diesem Grunde oder ohne sein Zuthun auf Antrag des Gläubigers entlassen ist, findet auf Antrag desselben Gläubigers eine Erneuerung der Haft nicht statt.

Mot. S. 446, 447. KPr. S. 421, 583.

1. Die Vorauszahlung der Kosten ist nicht Bedingung für die Anordnung der Haft oder für die Erteilung des Haftbefehls, sondern erst für die Vollstreckung des letzteren. Der GV. hat sich, bevor er zur Verhaftung schreitet, zu vergewissern, daß die Transportkosten gedeckt und daß die Verpflegungskosten auf einen Monat bezahlt sind oder bei der Aufnahme bezahlt werden. — Für die Höhe der Haftkosten sind nach GKG. § 79 Nr. 8 die für die Strafhaft geltenden landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend.

Die Kosten, welche durch die Haft entstehen, einschließlich der Verpflegungskosten sind Kosten der Zwangsvollstreckung und auf Grund des Vollstreckungstitels ohne gerichtliche Festsetzung nach § 697 beizutreiben. Beanstandungen sind nach § 685 zu erledigen.

Die Bewilligung des Armenrechts bewirkt nach § 107 Nr. 1 die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten einschließlich der baren Auslagen. Unter letzteren nennt GKG. § 79 Nr. 8 die Haftkosten. Das AR. befreit folglich auch von der Verpflichtung zur Vorausbezahlung der Verpflegungskosten. [AM. Wilm. Levy N. 1, dem sich Francke Offenbarungseid S. 5 und OLG. Kassel SA. XL Nr. 165 anschlossen.] Weitere Ausnahmen von der Verpflichtung der Partei zur Vorausbezahlung ergeben sich aus §§ 597 Abs. 2, 621 Abs. 3 für die Fälle, daß die Haft gegen Zeugen von Amtswegen verfügt wird.

2. Der Schlußsatz macht unmöglich, daß der Gläubiger durch Unterbrechung und Erneuerung der Haft den Schuldner chikaniere (Mot. S. 447). Auf Grund eines neuen Haftbefehls kann derselbe Gläubiger den Schuldner aufs neue verhaften lassen.

§ 793.

Soll die Haft gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson vollstreckt werden, so hat das Gericht die vorgesetzte Militärbehörde um die Vollstreckung zu ersuchen.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 14, Bem. Nr. 1 und Nr. 4 zu § 343.

§ 794.

Die Haft darf die Dauer von sechs Monaten nicht übersteigen. Nach Ablauf der sechs Monate wird der Schuldner von Amtswegen aus der Haft entlassen.

Mot. S. 447. KPr. S. 421, 583.

Hat jemand mehrere Haftbefehle gegen dieselbe Person erwirkt — z. B. einen wegen Verweigerung des Offenbarungseides und einen wegen Verweigerung einer Handlung — so erstreckt sich das Maximum der Haft auf sovielmal sechs Monate als Haftbefehle vorhanden sind. Wegen Nachverhaftung für einen dritten s. preuß. GA. f. GV. § 99.

§ 795.

Ein Schuldner, gegen welchen wegen Verweigerung des im § 711 erwähnten Offenbarungseides eine Haft von sechs Monaten vollstreckt ist, kann auch auf Antrag eines anderen Gläubigers von neuem zur Leistung dieses Eides durch Haft nur angehalten werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Schuldner später Vermögen erworben habe.

Mot. S. 447. KPr. S. 421, 583.

Vgl. § 784. Die Bemerkungen Nr. 1 und 2 zu § 784 finden hierher entsprechende Anwendung. Die Vorschrift des § 795 ist von Amtswegen zu beachten.

Fünfter Abschnitt.

Arrest und einstweilige Verfügungen.

1. Litteratur: A. Gaill de manuum iniect. s. arrestis (1855), D. Mevius de arrestis (1646), Bayer summ. Prozesse §§ 19—39, Strey d. Lehre von den Arresten und dem Arrestverfahren nach preuß. Recht (1859), Wach der Arrestproz. in gesch. Entw. I. der ital. Arrestprozeß (1868), J. Merkel über Arrest und einstweilige Verfügungen (1880), Dorendorf Arrest und einstw. Verf. 2. Aufl. (1884), W. Peters Arrest und einstw. Verf. nach preuß. R. (1884), J. Werner das Recht des Arrestes im CPr. unter Berücksichtigung des bayer. Immobiliararrestes (1884).

2. Die Motive bemerken: „Das Gesetz unterscheidet Arrest und einstweilige Verfügungen. Der Arrest dient zur Sicherung von Werten, zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung (§ 796); die einstweilige Verfügung zur Sicherung einer Individualleistung (§ 814 oder zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis (§ 819). Die Unterscheidung schließt sich derjenigen des zweiten und dritten Abschnitts dieses Buchs im wesentlichen an und findet in dieser und in der Verschiedenheit der durch die Sicherung verfolgten Zwecke ihre Rechtfertigung (vgl. nordd. Entw. §§ 692, 729, 740, nordd. Prot. III S. 1214, 1240, 1242)."

[Gegen die Unterscheidung erklärte sich Wach Kr. VJSchr. XV S. 372 ff.; dieselbe wird gegen W. in Schutz genommen von Merkel a. a. O. S. 20 ff.]

„Durch das EG. § 16 Nr. 4 sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können, aufrecht erhalten, weil es unmöglich war, mit Sicherheit zu beurteilen, ob alle in Betracht zu ziehenden Fälle unter die Kategorien der §§ 814, 819 zusammengefaßt sind. Von selbst versteht sich, daß durch den Vorbehalt prozessuale Vorschriften, welche von denen des Entwurfs abweichen, nicht unberührt bleiben sollen (vgl. nordd. Prot. III S. 1242)."

3. Wegen der Vollmacht vgl. § 78. Bezüglich des Vollmachtsnachweises gelten die allgemeinen Regeln (§ 84).

4. Arrestsachen sowie die eine einstweilige Verfügung betreffenden Sachen sind Feriensachen (GVG. § 202 Nr. 2).

§ 796.

Der Arrest findet zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, welcher in eine Geldforderung übergehen kann.

Die Zulässigkeit des Arrestes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Anspruch ein betagter ist.

Mot. S. 448, 449. KPr. S. 423—425, 583.

1. „Zur Sicherung der Zwangsvollstreckung ꝛc." Die Motive bemerken: „Nachdem der Gerichtsstand des Arrestes mit Rücksicht auf den Gerichtsstand des Vermögens (§ 24) aufgegeben ist, besteht kein Bedürfnis mehr, den Arrest zur Sicherung der Einleitung des Prozeßverfahrens (RG. v. 29. Mai 1868 § 2) oder der gerichtlichen Verfolgung eines vermögensrechtlichen Anspruchs eintreten zu lassen. Ebensowenig ist der Prozeß zur Sicherung der Fortsetzung des Prozeßverfahrens (RG. v. 29. Mai 1868 § 2) weiter erforderlich; hat der Prozeß begonnen, so ist durch die Konstruktion des Verfahrens Vorkehr getroffen, daß er ohne Anordnung arrestatorischer Maßregeln seinen Fortgang nehmen kann. Das Gesetz beschränkt daher im § 796 den Arrest auf die Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen."

Der Arrest ist Zwangsvollstreckung zu Gunsten eines dem Impetranten zustehenden materiellrechtlichen Anspruchs, für den ein Vollstreckungstitel noch nicht besteht. Von einem Arrestanspruche kann man nur sprechen im Sinne eines prozessualischen Rechts, wie von einem Feststellungsanspruche oder von einem Anspruche auf Beweiserhebung zum ewigen Gedächtnisse. Ein materiellrechtlicher, im Gefährdungsfall zu dem Hauptanspruche hinzutretender Kautionsanspruch [welchen Wach Arrestprozeß S. 95 ff., vgl. Kr. VJSchr. XV S. 374 f. konstruiert] ist nicht vorhanden. [Vgl. Merkel S. 25 ff., Hellmann Lehrb. S. 948.]

2. „Wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs ꝛc." — also wegen jeden vermögensrechtlichen Anspruchs. Über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 21. Auch bei dem Anspruche, dessen Vollstreckung nach §§ 774, 775 erfolgt, ist Arrest möglich, wenn es ein vermögensrechtlicher Anspruch ist.

3. Daß der Anspruch ein betagter ist, kann bei Beurteilung der Frage, ob die Zwangsvollstreckung gefährdet sei (§ 797), berücksichtigt werden. Die Gefährdung des befristeten Anspruchs wird weniger leicht, als die des unbefristeten angenommen werden, weil jede Befristung es mitbringt, daß der Gläubiger ein gewisses Maß der Gefahr tragen muß [zustimmend Merkel S. 32]; aber ausgeschlossen ist der Arrest nicht. — Zu den betagten Ansprüchen gehören auch Ansprüche auf Zahlung oder Leistung nach Kündigung [vgl. RG. Entsch. IX Nr. 61 S. 231.]

4. Über bedingte Ansprüche bemerken die Motive: „Mit den PrO. v. Württ. Art. 821, Oldenb. Art. 305, sowie mit dem preuß. Entw. § 800, hann. Entw. § 519 und nordd. Entw. § 692 ganz allgemein bedingte Ansprüche den unbedingten gleichzustellen, mußte bedenklich erscheinen, so lange die Wirkungen eines suspensiv bedingten Rechtsgeschäfts für alle deutschen Rechtsgebiete nicht gemeinsam geregelt sind. Andererseits fehlte es an jedem Anlasse, den Arrest bei bedingten Ansprüchen gänzlich auszuschließen. Denn soweit nach den Vorschriften des materiellen Rechts pendente conditione Sicherheit für den Fall der Realisierungder durch den bedingten Anspruch eröffneten Aussicht verlangt werden kann (vgl. für das gemeine Recht Windscheid Pand. I § 89 Nr. 12, 13, 13a; Brinz Pand. 1. Aufl. Abt. II S. 1478, 1479) — oder mit der Begründung des bedingten Anspruchs zugleich ein Anspruch auf Erhaltung desselben für den Fall des Ein-

tritts der Bedingung entstanden ist (vgl. pr. ALR. I 14 § 5), muß zur Sicherung des Kautionsanspruchs oder des Anspruchs auf Erhaltung des bedingten Rechts der Arrest zugelassen werden: diese Ansprüche stehen einem unbedingten Anspruche gleich."
Zu Gunsten aufschiebend bedingter Ansprüche ist also Arrest zulässig, wenn vor Eintritt der Bedingung ein materiellrechtlicher Anspruch, wenn auch nur auf Sicherheitsleistung, besteht. Daß Arrest zu Gunsten auflösend bedingter Ansprüche möglich ist, folgt aus der Natur der auflösenden Bedingung.

5. Über Anordnung von Arrest gegen ausländische Staaten s. Droop Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 289 ff.

§ 797.

Der dingliche Arrest findet statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

Als ein zureichender Arrestgrund ist es anzusehen, wenn das Urteil im Auslande vollstreckt werden müßte.

Mot. S. 449. KPr. S. 425, 583.

1. Außer dem nach § 796 qualifizierten Anspruch muß ein Arrestgrund vorhanden sein. Der Arrestgrund ist bei dinglichem (§ 797) und bei persönlichem Arrest (§ 798) der gleiche, nämlich die Gefahr, daß ohne den Arrest die zur Zeit noch mögliche Vollstreckung des Urteils in das Vermögen des Schuldners vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Der Unterschied in der Fassung bringt nur zum Ausdruck, daß der persönliche Arrest „nur zur Anwendung kommen soll, wenn die Zwangsvollstreckung durch einen dinglichen Arrest nicht gesichert werden kann" (Mot. S. 450). Bei Unzureichendheit des dinglichen Arrests kann der persönliche Arrest mit demselben kumuliert werden. Successiver Wechsel zwischen beiden Arresten ist möglich; auch kann der Gläubiger nach Verfügung des persönlichen Arrests den dinglichen Arrest erwirken [vgl. Merkel S. 44 f.]. Aber zweimaliger dinglicher Arrest zu Gunsten desselben Anspruchs auf denselben Gegenstand ist nicht zulässig [RG. 24. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 103 S. 359].

2. Ob die in Bem. Nr. 1 bezeichnete Gefahr begründet sei, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen. Das Gesetz spezialisiert die gefährdenden Thatbestände nicht; daran aber muß festgehalten werden, daß der Arrest nicht dazu dienen soll, die Lage des Gläubigers gegenüber dem Vermögen des Schuldners zu verbessern, sondern nur dazu, eine Verschlechterung zu verhindern [vgl. Merkel S. 45 f.]. Deswegen ist schlechte Vermögenslage des Schuldners und drohende Konkurrenz anderer Gläubiger an sich noch kein genügender Arrestgrund [vgl. Puchelt Ztschr. f. d. CPr. III S. 1 ff., Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 526 ff., RG. 25. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 119 S. 116 dazu Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 120 f., OLG. München Ztschr. f. d. CPr. III S. 162, OLG. Dresden eod. VI S. 528, OLG. Karlsruhe SA. XXXVIII Nr. 83, OLG. Celle SA. XL Nr. 80]. Ist der Anspruch durch Pfandrecht, Bürgschaft zc. bereits genügend gesichert, so ist kein Arrest anzuordnen, es fehlt an dem Arrestgrunde [vgl. Merkel S. 37].

3. Der Umstand, daß das Urteil außerhalb des Deutschen Reiches vollstreckt werden müßte, muß als genügender Arrestgrund angenommen werden. Diese Beschränkung des richterlichen Ermessens rechtfertigen die Motive damit, daß außerdem die Gefahr verschiedenartiger Beurteilung gerade dieses Falls bestehe, weil derselbe in dem früheren Prozeßrechte verschieden geregelt gewesen sei (Mot. S. 449). Zum Thatbestande dieses gesetzlichen Arrestgrundes gehört, daß zur Zeit noch Vermögen des Schuldners im Inlande vorhanden und daß zu befürchten

ist, es werde in dem Zeitpunkte, wo die Vollstreckung des erlassenen aber noch nicht vollstreckbaren oder des zu erlassenden Urteils möglich sein wird, im Inlande kein oder kein ausreichendes Vermögen des Schuldners mehr greifbar sein. Die Ausländereigenschaft des Schuldners gehört nicht zu diesem Thatbestande; andererseits ist nicht schon wegen der Ausländereigenschaft des Schuldners der Arrestgrund des § 797 Abs. 2 vorhanden, während sich allerdings aus dieser Eigenschaft in Verbindung mit anderen die Vollstreckung gefährdenden Momenten eine zum Arrest genügende Gefährdung (§ 797 Abs. 1) ergeben kann. Bei dem gesetzlichen Arrestgrunde des § 792 Abs. 2 ist auch gleichgültig, ob der Gläubiger In- oder Ausländer ist, es kann also auch der Ausländer gegen den seinem eigenen Heimatsstaate angehörigen Schuldner diesen Arrestgrund geltend machen [vgl. Merkel S. 53].

Die Bemerkung der Motive (S. 449): es sei „gleichgültig, ob im Auslande Rechtshülfe gewährt werde oder nicht, es wäre denn, daß die Gewährung der Rechtshülfe durch Staatsverträge verbürgt werde", ist in ihrem letzten Teile nicht richtig. Staatsverträge, welche die Vollstreckung inländischer Urteile im Auslande verbürgen, schließen nicht aus, daß Arrest auf Grund des § 792 Abs. 2 verhängt werde (vgl. a. KPr. S. 425). Staatsverträge des Reichs würden bestimmen können, daß der fragliche Arrestgrund im Verhältnis zu bestimmten Staaten nicht Platz greife; zur Zeit besteht kein derartiger Vertrag. Durch Staatsvertrag eines Bundesstaates kann der Arrestgrund des § 797 Abs. 2 nicht beseitigt werden. Vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 660.

4. Das Recht auf Beschlagnahme der verbodmeten Gegenstände nach HGB. Art. 692 Abs. 1 bleibt unberührt.

§ 798.

Der persönliche Sicherheitsarrest findet nur statt, wenn er erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern.

Mot. S. 449, 450. KPr. S. 425—427, 583.

1. Aus den Motiven: „Während der § 1 des RG. v. 29. Mai 1868 den Personalarrest als Exekutionsmittel beseitigt, trifft der § 2 über den Personalarrest als Sicherungsarrest folgende Bestimmung:

> „die gesetzlichen Vorschriften, welche den Personalarrest gestatten, um die Einleitung oder Fortsetzung des Prozeßverfahrens oder die gefährdete Exekution in das Vermögen des Schuldners zu sichern (Sicherungsarrest), bleiben unberührt."

Die erste Alternative kommt nicht weiter in Betracht; wie bereits zu § 796 (s. Bem. Nr. 1 dazu) hervorgehoben worden, ist die Sicherung der Einleitung und Fortsetzung des Prozeßverfahrens ganz allgemein als Motiv des Arrestes aufgegeben. Was dagegen die zweite Alternative anlangt, so hat sich der Entwurf derselben angeschlossen, wenngleich er sie nicht ihrem vollen Umfange nach übernommen hat. Sie setzt voraus: 1) daß der Schuldner solche Vermögensobjekte besitzt, in welche die Exekution vollstreckt werden kann oder wird vollstreckt werden können; 2) daß Umstände obwalten, welche die Vollstreckung oder den Erfolg der Exekution in diese Vermögensobjekte verhindern oder die Verhinderung besorgen lassen und 3) daß diese Hindernisse durch Inhaftnahme des Schuldners beseitigt werden können (vgl. Entsch. d. ROHG. V S. 351, VI S. 7, 8, X S. 134 ff.) — und gestattet insbesondere, wie die Vorberatungen des Reichsgesetzes außer Zweifel stellen, den Personalarrest auch zu dem Zwecke, um den Schuldner zu nötigen, im Auslande befindliche Deckungsmittel herbeizuschaffen (vgl. Erk. des OAG. zu Lübeck v. 30. Dez. 1868 in Kierulff Samml. IV S. 866—873, SA. XXIV Nr. 291). In dieser Ausdehnung hat der nordd. Entw. § 694 die Zulässigkeit des persönlichen Sicherheitsarrestes in Vorschlag gebracht (vgl. nordd. Prot. III S. 1110, 1111, IV S. 2106, 2107). Die CPrO. glaubte nicht soweit gehen zu dürfen. Die Haft, welche den Schuldner zwingen soll, sein Vermögen zu manifestieren, ist zweifellos eine Maßregel, zu deren Sicherung der

persönliche Arrest geboten erscheint. Dasselbe gilt, wenn es sich darum handelt, den Schuldner zu hindern, sein im Inlande befindliches Vermögen in das Ausland zu schaffen; in diesem Falle ist die Haft eine zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen erforderliche Maßregel — eine Sicherungsmaßregel, welche in gleicher Weise in anderen Fällen einer drohenden Verbringung des nicht sofort durch die Zwangsvollstreckung zu ergreifenden Vermögens zulässig sein kann. Anders verhält es sich mit der Haft, welche bestimmt ist, den Schuldner zur Herbeischaffung und Bereitstellung der im Auslande befindlichen Deckungsmittel zu nötigen. In dieser Anwendung unterscheidet sich die Haft rechtlich nicht von dem Schuldarrest in seiner Funktion als Exekutionsmittel zur Erzwingung einer Zahlung, so daß die bei Beratung des RG. v. 29. Mai 1868 geäußerte Besorgnis, es werde dadurch indirekt die beseitigte Schuldhaft wieder eingeführt werden, nicht ungerechtfertigt erscheint. Das Gesetz will durch die Fassung zum Ausdruck bringen, daß der persönliche Sicherungsarrest — von dem Falle der Erzwingung der Manifestation abgesehen — nur zulässig ist, wenn die Gefahr besteht, daß der Schuldner seine persönliche Freiheit zur Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Zwangsvollstreckung benutzen werde. Damit ist die weitere Verwendung des Personalarrestes zu dem Zwecke, um den Schuldner zur Herbeischaffung auswärts befindlicher Deckungsmittel zu bestimmen, ausgeschlossen und konstatiert, daß das Gesetz gegenüber der Bestimmung des RG. v. 29. Mai 1868 § 2 das Gebiet der Zulässigkeit des persönlichen Sicherheitsarrestes hat verengern wollen. Im übrigen stimmen die Voraussetzungen der CPrO. mit denjenigen des RG. überein."

Die nach diesen Ausführungen beabsichtigte Verengerung der Zulässigkeit des Personalarrestes ist im Gesetzestexte nicht zum Ausdruck gelangt; denn dieser lautet im wesentlichen gleich dem cit. Reichsgesetz. Gleichwohl ist der Personalarrest zu dem Zwecke, um den Schuldner zur Herbeischaffung ausländischen Vermögens zu nötigen, als unzulässig zu erachten. Daß nach dem RG. v. 1868 der Personalarrest zu dem bezeichneten Zweck zulässig gewesen sei, ist durchaus nicht zweifellos. In den Vorberatungen wurde dies allerdings von der Majorität der Kommission, jedoch nicht ohne Widerspruch, angenommen (Sten. B. d. RT. v. 1868 II S. 296). Auf Grund der Majoritätsansicht hat das erwähnte Lübecker Urteil sich für die Zulässigkeit entschieden. Es mag unerörtert bleiben, ob diese Entscheidung richtig war. Jedenfalls ist die Frage jetzt nicht mehr so zu stellen, ob durch das Reichsgesetz die Nötigung des Schuldners durch Haft zur Herbeischaffung von Vermögen, wenn solche landesgesetzlich zulässig wäre, ausgeschlossen sei; sondern, ob die CPrO. die Haft zu diesem Zwecke positiv gestatte. Man kann die Beseitigung des Landesrechts durch jenes RG. bezweifeln; aber man kann nicht jetzt nach Beseitigung des Landesrechts aus demselben Texte die Zulässigkeit der Haft zu jenem Zwecke erweisen. Der Ausdruck „sichern" deutet auf Erhalten einer bestehenden, nicht auf Verschaffen einer nicht gegebenen Vollstreckungsmöglichkeit. Der Arrest soll die Gefahren beseitigen, welche dem Gläubiger daraus erwachsen, daß er nicht ein vollstreckbares Urteil zur Hand hat; er soll dem Gläubiger solche Befugnisse wie ein vollstreckbares Urteil gewähren; er kann aber nicht einen bereits eingetretenen Nachteil rückgängig machen oder einen dem Gläubiger nachteiligen Zustand verbessern. Ist zur Zeit des Arrestes eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen nicht zu erwirken oder wesentlich erschwert, so giebt es nur ein Hindernis, welches beseitigt werden kann, d. i. die Unkenntnis des Gläubigers über das Vermögen des Schuldners, diese ist durch den Zwang zur Manifestation zu beseitigen. Vgl. Mot. zu Entw. I S. 488.

2. Die Entwürfe hatten „des zahlungsfähigen Schuldners". Aus dem Abstrich folgt nicht, daß der Personalarrest gegen den zahlungsunfähigen Schuldner statthaft sein soll, sondern nur, daß eine Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit nicht erforderlich ist.

§ 799.

Für die Anordnung des Arrestes ist sowohl das Gericht der Hauptsache

als das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke der mit Arrest zu belegende Gegenstand oder die in ihrer persönlichen Freiheit zu beschränkende Person sich befindet.

Mot. S. 450, 451. KPr. S. 427, 583.

„Gericht der Hauptsache" — s. § 821. An welchem Ort sich das mit Arrest zu belegende Vermögensbestandteil befindet, bemißt sich nach den in Bem. Nr. 3 zu § 24 entwickelten Regeln. Der betreffende Gegenstand, beim Personalarrest die Person, muß sich zur Zeit der Einreichung des Arrestgesuchs in dem Bezirk befinden. Spätere Entfernung aus dem Bezirk beeinträchtigt die Zuständigkeit nicht (arg. § 235 Nr. 2). — Zwischen dem Gericht der Hauptsache und dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Gegenstand oder die Person befindet, ebenso zwischen mehreren Gerichten der Hauptsache (vgl. Bem. Nr. 1 zu Nr. 821) hat der Gläubiger die Wahl. Hat er aber durch Einreichung des Arrestgesuchs den Arrestprozeß anhängig gemacht, so kann der Gegner nach Analogie des § 235 Nr. 1 die Abweisung jedes weiteren denselben Gegenstand betreffenden Arrestgesuchs durchsetzen, solange der frühere Arrestprozeß nicht erledigt ist [vgl. RG. 24. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 103 S. 359]. Darüber, daß das Arrestgesuch die Rechtshängigkeit der Hauptsache nicht begründet und auch nicht unter mehreren Gerichten die Zuständigkeit für die Hauptsache entscheidet, vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 821. Im Verhältnis zu anderen Gerichten ist die Zuständigkeit der in § 799 bezeichneten Gerichte eine ausschließliche (§ 707). — Über die Zuständigkeit des Vorsitzenden s. § 822.

§ 800.

Das Gesuch soll die Bezeichnung des Anspruchs unter Angabe des Geldbetrags oder des Geldwerts sowie die Bezeichnung des Arrestgrundes enthalten.

Der Anspruch und der Arrestgrund sind glaubhaft zu machen.

Das Gesuch kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Mot. S. 451, 452. KPr. S. 427, 583.

1. Zu Abs. 1: Ein Mangel kann in der etwaigen mündlichen Verhandlung ergänzt werden [RG. 23. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 98 S. 365].

2. Zu Abs. 2: „Arrestgrund" — s. §§ 797, 798. Da Personalarrest nur angeordnet werden kann, wenn Vermögen im Inlande vorhanden ist (s. Bem. Nr. 1 zu § 798), so ist auch das Vorhandensein solchen Vermögens glaubhaft zu machen. Dazu ist nicht die Bezeichnung bestimmter Vermögensstücke nötig, es genügt unter Umständen der Nachweis, daß der Schuldner Ausgaben mache 2c. [vgl. ROHG. Entsch. XIII S. 157 f., Merkel S. 58].

„Glaubhaft machen" — s. § 266. Die Glaubhaftmachung muß nicht in dem Gesuche erfolgen (anders preuß. Entw. v. 1864 § 811 und nordd. Entw. § 703); dieselbe kann also noch in der Verhandlung erfolgen, wenn Verhandlung angeordnet wird. Ebenso ist es möglich, daß sich durch die Erklärung des Schuldners die Glaubhaftmachung erledigt. Nach § 801 Abs. 2 kann die Glaubhaftmachung durch Sicherheitsleistung ersetzt werden. Auch wenn der Gesuchsteller sich nicht zur Sicherheitsleistung erbot, hat das Gericht zu prüfen, ob nicht dem Gesuch ohne Glaubhaftmachung gegen Sicherheitsleistung stattzugeben ist [RG. 23. Mai 1884 Entsch. XII Nr. 103 S. 367]. Immerhin riskiert der Gläubiger, daß ein Gesuch, in welchem die Glaubhaftmachung nicht enthalten ist, sofort abgewiesen wird; denn die Anordnung mündlicher Verhandlung hängt ebenso, wie die Zulassung der Sicherheitsleistung von dem freien Ermessen des Gerichts ab. Ob der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind, hat das Revisionsgericht nicht nachzuprüfen, sofern nicht bei der Feststellung der

Thatsachen Rechtsnormen verletzt sind [RG. 11. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1180].

3. Zu Abs. 3: Aus § 800 Abs. 3 folgt arg. § 74 Abs. 2, daß Anwaltszwang für das Gesuch nicht besteht, auch wenn es an ein Kollegialgericht geht.

§ 801.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Das Gericht kann, auch wenn der Anspruch oder der Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht ist, den Arrest anordnen, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachteile eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird. Es kann die Anordnung des Arrestes von einer solchen Sicherheitsleistung abhängig machen, selbst wenn der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind.

§ 802.

Die Entscheidung über das Gesuch erfolgt im Falle einer vorgängigen mündlichen Verhandlung durch Endurteil, anderenfalls durch Beschluß.

Den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, hat die Partei, welche den Arrest erwirkt hat, zustellen zu lassen.

Der Beschluß, durch welchen das Arrestgesuch zurückgewiesen oder vorgängige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, ist dem Gegner nicht mitzuteilen.

Mot. S. 452. KPr. S. 428, 583.

1. Verfahren. Dasselbe ist verschieden, je nachdem das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheidet oder mündliche Verhandlung anordnet. Die Wahl zwischen diesen beiden Verfahrensarten steht dem Gerichte zu; der Gesuchsteller kann seine Wünsche äußern, aber dieselben sind für das Gericht nicht maßgebend. Er kann daher nicht, ohne daß das Gericht mündliche Verhandlung angeordnet hat, den Schuldner zur mündlichen Verhandlung laden (vgl. Bem. Nr. 6 litt. e a. E. zu § 119, S. 163, Bem. Nr. 2 Abs. 1 litt. c zu § 193, S. 240).

I. Für das Verfahren ohne mündliche Verhandlung gelten die in Bem. Nr. 6 Abs. 2 zu § 119 (S. 161) entwickelten Sätze. Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob es zuständig ist, ob der Vollmachtspunkt geordnet ist (§ 84 Abs. 1), ob das Arrestgesuch den Erfordernissen des § 800 genügt und ob der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind. Wegen der Möglichkeit von letzterem Erfordernisse abzusehen, s. Bem. Nr. 2 litt. g.

Der Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, ist seitens der Partei, welche den Arrest erwirkt hat — also nicht von Amtswegen — dem Gegner zuzustellen (Abs. 2). Wäre nicht in § 809 Abs. 2 die Zustellung an den Gesuchsteller vorausgesetzt, so würde daraus, daß die Zustellung an den Gegner dem Parteibetrieb überlassen ist (ebenso wie in den Fällen der §§ 633 und 730, vgl. Bem. Nr. 1 zu § 633, Bem. Nr. 2 litt. b zu § 730) zu folgern sein, daß der Arrestbeschluß dem Gesuchsteller überhaupt nicht zuzustellen sondern formlos auszuhändigen wäre. Aus Abs. 2 des § 809 ergiebt sich aber, daß der Arrestbeschluß dem Gesuchsteller von Amtswegen zuzustellen ist [vgl. Petersen Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 418 ff. AM. Voß Arch. f. c. Pr. LXX S. 130]. Die Gültigkeit der Vollstreckungsmaßregeln — z. B. die Wirksamkeit einer Pfändung — ist jedoch nicht durch ordnungsmäßige Zustellung des Beschlusses bedingt; dazu genügt auch formlose Aushändigung [vgl. RG. 8. März

1884 Entsch. XI Nr. 106 S. 403, 5. Juli 1884 SA. XL Nr. 82]. — Zur Zustellung an den Gegner kann der Gesuchsteller im amtsgerichtlichen Verfahren die Vermittelung des Gerichtsschreibers in Anspruch nehmen, aber § 154 ist hier sowenig anwendbar, wie auf die Zustellung amtsgerichtlicher Urteile (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 154). — Gegen den Beschluß steht dem Schuldner keine Beschwerde zu, auch nicht wenn der Arrest von dem Beschwerdegericht angeordnet ist; ebensowenig gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts, welches das Untergericht zur Anordnung des Arrestes anweist [vgl RG. Entsch. XIV Nr. 110 S. 391]; vielmehr kann der Schuldner nur Widerspruch gegen den Arrestbeschluß erheben (§ 804).

Der Beschluß, durch welchen das Arrestgesuch abgewiesen oder vorgängige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, ist von Amtswegen dem Gesuchsteller zuzustellen; nicht dem Gegner, denn dies würde die Interessen des Gesuchstellers gefährden. Gegen den Beschluß steht dem Gesuchsteller die unbefristete — nicht die sofortige — Beschwerde zu; denn § 701 betrifft nur das Vollstreckungsverfahren, wozu die Anordnung des Arrestes nicht gehört. [So auch Merkel S. 151, Schmidt Ztschr. f. d. CPr. III S. 12 ff., RG. 13. März 1886 Entsch. XVI Nr. 90 S. 366, OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 174, OLG. Kiel SA. XL Nr. 332 und die Komm. bis auf Hellmann und Puchelt.]

II. Ordnet das Gericht mündliche Verhandlung an, so ändert sich das Verfahren. Die Verhandlung hat nicht, wie in den übrigen Fällen, in denen sie fakultativ ist (s. Bem. Nr. 6 zu § 119), nur informatorische Bedeutung, sondern es gelten für dieselbe die allgemeinen Regeln über mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht. Dies folgt daraus, daß das Gesetz für diesen Fall die Entscheidung durch Endurteil gebietet; Endurteil ist nach der Terminologie der CPrO. die Entscheidung nach mündlicher Verhandlung im Sinne des § 119. Dies Ergebnis wird bestätigt durch § 804, insofern dieser § den Widerspruch, welcher das nach dem Grundsatze der Mündlichkeit konstruierte Justifikationsverfahren veranlaßt, nur gegen den Beschluß, nicht auch gegen das Endurteil zuläßt; daraus folgt nämlich, daß bei Anordnung mündlicher Verhandlung das Justifikationsverfahren vor die Entscheidung über das Arrestgesuch fällt. [Vgl. Struckm. Koch N. 1 zu § 802, Wilm. Levy N. 1 zu § 802, Gaupp III S. 462, Petersen S. 1103, Merkel S. 140, Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 649 und in der Hauptsache auch Hoffmann eod. XXIV S. 747 f.] Auch das Beschwerdegericht (s. o. ad I) kann mündliche Verhandlung anordnen und hat in diesem Fall durch Endurteil zu entscheiden.

Folgesätze: a) Das Gericht hat die Anordnung der mündlichen Verhandlung dem Gesuchsteller, der vorderhand der allein Beteiligte ist, von Amtswegen zuzustellen. Mit dieser Anordnung ist keine Terminsbestimmung zu verbinden; es ist Sache des Gesuchstellers, das Ladungsformale zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen oder im amtsgerichtlichen Verfahren bei dem Gerichtsschreiber zu Protokoll zu erklären. [Vgl. Struckm. Koch N. 1 zu § 801, Wilm. Levy N. 1 zu § 801, A. Förster N. 3 zu § 801, Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 649 f. AM., nämlich für Ladung der Parteien von Amtswegen, Gaupp, Petersen, Merkel, Hoffmann a. a. O., Hellmann Lehrb. S. 951.] Der Gesuchsteller hat die Ladung mit dem Arrestgesuch dem Gegner zuzustellen; ohne Zustellung des Gesuchs könnte kein Versäumnisurteil gegen letzteren erwirkt werden (arg. § 300 Nr. 3). — Bei der Ladung ist die (kürzbare) Ladungsfrist des § 194 einzuhalten.

b) Findet die Verhandlung vor einem Land- oder Oberlandesgerichte statt, so besteht für das Verfahren Anwaltszwang; schon die Ladung muß auf Betreiben eines bei dem Gericht zugelassenen Anwalts erfolgen; dieselbe muß die Aufforderung zur Anwaltsbestellung enthalten (§ 192). Die instruktionellen Vorschriften über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung (§§ 120—126) finden entsprechende Anwendung.

c) Für die mündliche Verhandlung gelten die allgemeinen Regeln. Über Beschränkung der Beweisführung, Unzulässigkeit der Inzidentanträge und der Widerklage s. u. Bem. Nr. 2 litt a bis d.

d) Sind beide Parteien im Verhandlungstermin erschienen, so wird Endurteil erlassen. Ist dieses Urteil vom Landgerichte als dem erstinstanziellen Gericht der Hauptsache erlassen, so ist Berufung und gegen das Berufungsurteil unter den allgemeinen Voraussetzungen Revision zulässig [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. V S. 14, OLG. Karlsruhe Bad. Ann. L S. 371]. Ist das Urteil in erster Instanz von dem Landgerichte als zweitinstanziellem Gericht der Hauptsache erlassen, so ist kein Rechtsmittel zulässig. Ist das Urteil in erster Instanz von dem Oberlandesgericht als zweitinstanziellem Gericht der Hauptsache erlassen, so ist Revision unter den allgemeinen Voraussetzungen zulässig [RG. 6. Dez. 1881 Entsch. V Nr. 123 S. 430. Zweifelnd v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. II S. 398 f.]. Ist das Urteil von einem Landgericht als Beschwerdegericht erlassen, so ist kein Rechtsmittel zulässig. Dagegen ist Revision zulässig, wenn das Urteil von einem Oberlandesgericht als Beschwerdegericht erlassen ist.

e) Ist der Arrestkläger in dem Verhandlungstermine nicht erschienen, so ist auf Antrag des Arrestbeklagten Versäumnisurteil nach § 295, also auf Abweisung des Arrestgesuchs zu erlassen. Ist der Schuldner nicht erschienen, so ist auf Antrag des Arrestklägers Versäumnisurteil nach § 296 zu erlassen. Es sind also die vom Gläubiger dem Schuldner rechtzeitig mitgeteilten und vom Gläubiger mündlich reproduzierten Thatsachen des Beweises, folglich auch der Glaubhaftmachung nicht bedürftig [vgl. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 347 f. AM. Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 748]; soweit dieselben das Arrestgesuch rechtfertigen, ist nach dem Antrage zu erkennen, soweit dies nicht der Fall ist, ist das Gesuch abzuweisen. Gegen das Versäumnisurteil steht dem Kontumazierten der Einspruch zu. Wegen des zweiten Versäumnisurteils s. § 474.

f) Auf die Zustellung des Urteils ist § 288 anwendbar.

g) Der in einem kontradiktorischen oder Versäumnisurteil enthaltene Arrestbefehl ist sofort vollstreckbar; das Urteil ist nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Im nordd. Entw. § 719 Abs. 1 war dies ausdrücklich bestimmt. Die Bestimmung wurde später weggelassen. In der That ist sie überflüssig; denn der Arrestbefehl ist seinem Inhalte nach Anordnung der Vollstreckung, weshalb er auch der Vollstreckungsklausel nicht bedarf. Auch widerlegt § 809 Abs. 2 die Annahme, daß es Arrestbefehle geben könne, die nicht sofort vollstreckbar wären. Endlich wäre es absurd, wenn die nach mündlicher Verhandlung erlassenen Arrestbefehle nicht sofort vollstreckbar wären, während die ohne mündliche Verhandlung in Beschlußform erlassenen Arrestbefehle trotz der geringeren Garantie für ihre Richtigkeit sofort und trotz Widerspruchs vollstreckbar sind.

2. Der Streitgegenstand des Arrestprozesses. Im Streite befangen ist nicht der civilrechtliche Anspruch, zu dessen Sicherung der Arrest verlangt wird, sondern der prozessualische Arrestanspruch im Sinne der Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 796. Der Streit dreht sich nur um die Frage, ob die Voraussetzungen des Arrestbegehrens — glaubhafter civilrechtlicher Anspruch und Arrestgrund — vorhanden sind oder nicht. Nur diese Frage wird im Arrestprozesse entschieden.

Folgesätze und Zusätze: a) Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft. Hinsichtlich der vom Gläubiger zu behauptenden thatsächlichen Unterlagen des Anspruchs und des Arrestgrundes ergiebt sich diese Beschränkung der Beweisführung direkt aus § 800 Abs. 2 in Verbindung mit § 266 Abs. 2. Aber auch für die Verteidigung des Beklagten muß dieselbe Beschränkung der Beweisführung behauptet werden. [AM. Merkel S. 140

und S. 155.] Die Verteidigung ist entweder Negation der vom Kläger glaubhaft zu machenden Thatsachen, aus denen die Entstehung des materiellen Anspruchs und der Arrestgrund sich ergiebt, oder Behauptung neuer Thatsachen, aus denen das Nichtbestehen des Anspruchs oder des Arrestgrundes sich ergeben soll. Die erstere Art von Defension ist der vorausgesetzten Glaubhaftmachung gegenüber bedeutungslos, wenn der Schuldner nicht Gegenbeweismittel sofort zur Hand hat; denn nur wenn die Gegenbeweisführung eine sofortige ist, kann sie zur Verneinung der Glaubhaftmachung des Anspruchs oder Arrestgrundes führen, während das Anerbieten eines nicht sofort zur Stelle zu bringenden Gegenbeweises die zur Arrestanordnung genügende Thatsache, daß Anspruch und Arrestgrund bescheinigt sind, nicht zu ändern vermag [vgl. bay. o. LG. SA. XLI Nr. 321]. Nicht anders steht es mit der Verteidigung der anderen Art. Dadurch, daß der Schuldner z. B. die Behauptung der Zahlung sofort beweist, kann er die zur Arrestanordnung erforderliche Glaubhaftmachung des Anspruchs zerstören; bietet er aber für die Behauptung der Zahlung einen Beweis an, der nicht sofort aufgenommen werden kann, so bleibt vorderhand die Glaubhaftmachung des Anspruchs übrig — und das reicht aus, um das Arrestbegehren zu rechtfertigen. Das bloße Glaubhaftmachen eines Verteidigungsbehelfs, dessen Beweis dem Schuldner zufällt, genügt noch nicht, um ein Arrestbegehren als ungerechtfertigt erscheinen zu lassen; dazu ist vielmehr sofortiger Beweis nötig. Dies folgt wieder daraus, daß die Kognition sich nur auf die Arrestbegründung erstreckt, und daß diese durch bloße Bescheinigung einer Defension nicht notwendig alteriert wird [vgl. Peters Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 605 ff. AM. Dorendorf a. a. O. S. 23 f., Hellmann Lehrb. S. 952]. Auf das Replik- und Duplikvorbringen finden die vorstehenden Sätze entsprechende Anwendung.

b) Obwohl hiernach Defensionen, welche das Bestehen des Anspruchs betreffen, im Arrestprozesse keineswegs [wie Fitting Lehrb. § 98 bei N. 27 behauptet] ausgeschlossen, vielmehr stets zu berücksichtigen sind, wenn sie entweder des Beweises nicht bedürfen oder sofort erwiesen werden können, so beschränkt sich doch die Betrachtung derselben auf den Gesichtswinkel des Arrestbegehrens, sie kommen nur bei der Beantwortung der Frage in Betracht, ob der Anspruch, der vollstreckt werden soll, genügend bescheinigt ist oder nicht. Die Defensionen können also niemals zu einer das Nichtbestehen des Hauptanspruchs aussprechenden Entscheidung führen.

c) Eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Hauptanspruchs kann weder von dem Kläger noch von dem Beklagten durch Inzidentantrag nach § 253 herbeigeführt werden (vgl. Motive S. 453); denn das Bestehen oder Nichtbestehen jenes Anspruchs ist nicht präjudiziell für den Arrestanspruch [vgl. Merkel S. 141; Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 124 N. 157 giebt zu, daß aus § 253 die Zulässigkeit einer Inzidentwiderklage auf Feststellung des Nichtbestehens des Hauptanspruchs nicht hergeleitet werden kann, hält aber diese Widerklage für zulässig nach §§ 33, 231; dagegen litt. d].

d) Widerklagen sind unzulässig (Mot. S. 453); denn die Widerklage erfordert Konnexität mit dem Klaganspruch oder den Verteidigungsmitteln; mit dem den Gegenstand des Arrestprozesses bildenden rein prozessualischen Arrestanspruch aber kann ein materiellrechtlicher Gegenanspruch niemals konnex sein. [AM. Löning a. a. O. S. 124 auf Grund der Annahme, daß zur Zulässigkeit der Widerklage nicht die Konnexität gehöre, sowie Merkel S. 141.]

e) Ist der Hauptprozeß rechtshängig, so gehen die beiden Prozeduren ihre gesonderten Wege. Verbindung der Prozeduren nach § 138 wäre, wenn im Arrestprozeß mündliche Verhandlung angeordnet ist, nicht unmöglich, aber kaum jemals zweckmäßig.

f) Die Entscheidung des Arrestprozesses ist für das Bestehen des materiellrechtlichen

Anspruchs ohne Präjudiz. Aus der Entscheidung ergiebt sich auch keine exc. rei iud. gegenüber weiterem Arrestbegehren [vgl. jedoch RG. 24. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 103 S. 360].

3. Zu Abs. 2 des § 801: Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 800. Das Gericht kann gegen Sicherheitsleistung Arrest anordnen, wenn weder der Anspruch noch der Arrestgrund glaubhaft gemacht ist [vgl. Merkel S. 137]. Die Kaution kann die Bescheinigung ersetzen, wo immer das Gericht dies zulassen will. Aber die Kaution kann nur die Bescheinigung ersetzen; wenn trotz der Bescheinigung der Arrest versagt werden müßte, z. B. wenn die behaupteten Thatsachen keine Gefährdung ergeben, kann auch gegen Sicherheit kein Arrest angeordnet werden. Andererseits kann der Richter selbst bei Bescheinigung des Anspruchs und Arrestgrundes eine Sicherheitsleistung fordern. Diese Befugnis dient dazu, den Gefahren übertriebener Ängstlichkeit vorzubeugen und in bedenklichen Fällen, in denen der Arrest einen unverhältnismäßigen Schaden zu stiften droht, dem Gegner Schutz zu gewähren. Die Höhe und die Art der Sicherheit steht im freien Ermessen des Gerichts (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 101). Die Sicherheitsleistung ist Bedingung der Arrestanordnung, nicht des Arrestvollzugs. Die Entscheidung, welche die Arrestanordnung von einer Sicherheitsleistung abhängig macht, ist in den Fällen, wo keine mündliche Verhandlung stattfand, Beschluß, sonst Urteil. Der Arrestbefehl ist erst zu erlassen, wenn die Sicherheit geleistet ist, das Gesetz kennt keinen bedingten Arrestbefehl. [So auch Wilm. Levy N. 2 zu § 801, A. Förster N. 4 zu § 801, Hellmann Lehrb. S. 953, Krech Fischer Komm. z. preuß. Subh.-Ordn. v. 1883 S. 178, Knorr Komm. zu dems. Ges. S. 45 N. 2; vgl. a. RG. Entsch. VII S. 382. AM. Struckm. Koch N. 2 zu § 801, Gaupp III S. 461, Petersen S. 1103, Merkel S. 115, Dorendorf S. 14 u. 1 65, Peters S. 30 f.] Gegen die Entscheidung, welche die Anordnung des Arrestes von einer Sicherheit abhängig macht, steht, wenn sie Beschluß ist, nur dem Gesuchsteller Beschwerde zu; der Gegner hat erst gegen die Arrestanordnung den Widerspruch; ist die Entscheidung Urteil, so steht beiden Parteien Berufung oder Revision zu.

Die geleistete Sicherheit dient als Deckung für den etwaigen Anspruch des Arrestbeklagten auf Ersatz des Schadens, welcher ihm durch eine sich als ungerechtfertigt herausstellende Arrestanlegung zugefügt ist. Wird der Arrestkläger zur Erstattung der Kosten des Verfahrens an den Arrestbeklagten verurteilt, so haftet die Sicherheit jedenfalls für diese Kosten. Ob abgesehen von einem Versprechen der Schadloshaltung ein Entschädigungsanspruch begründet ist, ist in der CPrO. nicht entschieden, vielmehr aus dem am Orte des Arrestvollzugs geltenden materiellen Recht zu beurteilen. Die in neuerer Zeit herrschende Ansicht geht dahin, daß nach gemeinem wie nach preuß. Recht ein Entschädigungsanspruch nur begründet ist, wenn dem Arrestkläger ein Verschulden zur Last fällt. [Vgl. Wilm. Levy N. 2 zu § 801, Gaupp III S. 472, Bayer summ. Proz. § 29, Dernburg pr. PrR. II § 295, OAG. Rostock in Buchka u. Budde Entsch. II S. 223 ff., pr. OTr. Entsch. XI S. 11 ff., ROHG. Entsch. XXI S. 70, RG. 11. Nov. 1880 Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 953, 20. Sept. 1882 Entsch. VII Nr. 116, S. 378, 13. Febr. 1886 XVI Nr. 73 S. 328, ALG. Celle SA. XXXVIII Nr. 290; vgl. a. RG. 14. Nov. 1883 Entsch. XI Nr. 111 S. 417. AM. mit guten Gründen Briegleb Einl. in die Theorie der summ. Proz. S. 364 ff. und die dort Citierten, Wach ital. Arrestprozeß S. 126, Planck I S. 372 N. 37, Eccius Förster pr. PrR. I § 90 N. 14, Merkel S. 189, Henrici Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 161 ff. Vgl. a. RG. Entsch. VIII Nr. 4 S. 18.] Aber wenn man annimmt, daß der Arrestkläger, welcher keine Sicherheit geleistet hat, dem Gegner nicht schlechthin für Ersatz des Schadens haftet, welcher durch ungerechte Arrestanlegung entstand, fragt es sich, ob nicht durch die Leistung einer Sicherheit die Verpflichtung übernommen wird, dem Arrestbeklagten unabhängig von einem subjektiven Unrecht (Verschulden)

Schadensersatz zu leisten, falls der Arrest sich als objektiv unrechtmäßig herausstellt. Diese Frage dürfte mit Rücksicht auf die Absichten des Kautionsbestellers wie des Nehmers sowie auf die geschichtliche Entwickelung der Kaution zu bejahen sein. [Vgl. Planck I S. 372 N. 37. AM. RG. 20. Sept. 1882 Entsch. VII Nr. 116 S. 380 ff. u. für das frühere Recht Entsch. d. OAG. Rostock herausg. v. Buchka u. Budde II S. 227 ff.] Über die etwaigen Entschädigungsansprüche ist in gesondertem Prozesse zu entscheiden.

Die Freigabe der Kaution kann verlangt werden, wenn feststeht, daß kein Schadensersatz beansprucht werden kann. Der Kautionssteller kann den Gegner auf Freigabe verklagen. Es ist dann Sache des Beklagten, seine Ansprüche auf die Kaution nachzuweisen [vgl. RG. 20. Sept. 1882 Entsch. VII Nr. 116 S. 375]. Hat eine Sicherheitsleistung durch Hinterlegung stattgefunden, so hat die Hinterlegungsbehörde die Kaution an die eine oder die andere der Parteien nur mit beiderseitiger Einwilligung, welche durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden kann (§ 779), auszuhändigen. Weder die Aufhebung des Arrestes noch die rechtskräftige Verurteilung des Beklagten in der Hauptsache genügt, um von der Hinterlegungsstelle die Aushändigung zu verlangen [vgl. RG. 17. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 73 S. 321. 25. Apr. 1884 XI Nr. 115 S. 430, 29. Okt. 1884 XV Nr. 126 S. 430]. — Wegen der Rechtsbehelfe gegen die preuß. Hinterlegungsstellen s. Wallm. Jur.-Zeit. III S. 343 ff. Der preuß. Gerichtshof z. Entsch. d. Komp.-Konfl. 20. Juni 1882 erklärte den Rechtsweg für unzulässig.

4. Inhalt des Arrestbefehls. Der Arrestbefehl muß die Parteien, den Anspruch, zu dessen Sicherung Arrest gestattet wird, nach Grund und Betrag — und zwar den Betrag nach Hauptsache, Nebensache und Prozeßkostenaversum, falls solches verlangt wird — sowie das Arrestobjekt bezeichnen. Daß beim dinglichen Arrest das Arrestobjekt, z. B. das im Bezirke befindliche Mobiliar, die zu pfändende Forderung, die in dem Bezirke belegenen Immobilien, bezeichnet und letzteren Falls zugleich der Pfändungsbeschluß nach § 730 Abs. 1 erlassen werden muß, wenn der Arrest von einem anderen Gericht als dem Gericht der Hauptsache verfügt wird, folgt aus der Kompetenzbeschränkung auf die im Gerichtsbezirk befindlichen Objekte. Nur vom Gericht der Hauptsache kann dinglicher Arrest ohne Bezeichnung des Objekts verhängt werden; sofern jedoch der Vollzug die Mitwirkung des Gerichts bedarf, wie zur Pfändung von Forderungen, muß noch ein neuer Beschluß folgen, der den Arrestbefehl bezüglich der Forderung enthält [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. III S. 355 N. 1. AM. Wilm. Levy N. 3 zu § 800, Merkel S. 162 f. und Voß Mag. f. DR. II S. 139 ff.] Übrigens kann auch das Gericht der Hauptsache den Arrestbefehl auf bestimmte Vermögensbestandteile beschränken. Beim persönlichen Arrest ist entweder Haftbefehl zu erlassen oder die anderweite Anordnung zur Beschränkung der persönlichen Freiheit zu treffen. Der Haftbefehl lautet nicht auf bestimmte Dauer. — Ein weiteres Erfordernis jeden Arrestbefehls s. § 803.

5. Die Kosten des Arrestprozesses. Wird dem Arrestgesuch durch Beschluß oder Urteil stattgegeben, so ist der Arrestbeklagte zur Kostentragung nach Maßgabe des § 87 zu verurteilen. [AM. für den Fall des Beschlusses Wilm. Levy N. 1 zu § 802, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 325.] Die Kostenentscheidung nimmt an der provisorischen Natur des Arrestes teil; sie kann mit der Arrestanordnung abgeändert oder aufgehoben werden; aber sie ist umsoweniger zu entbehren, als der Arrestprozeß mit der Arrestanordnung zu Ende sein kann. Wegen der Kosten des Vollzugs s. § 808. Wird das Arrestgesuch von vornherein oder zufolge Widerspruchs abgewiesen, wird der Arrest nach § 806 Abs. 2 oder wegen Aberkennung des Hauptanspruchs nach § 807 aufgehoben, so ist der Arrestkläger zur Kostentragung zu verurteilen. Die Verurteilung in die Kosten des Hauptprozesses schließt die Ver-

pflichtung zur Tragung der Kosten des Arrestprozesses nicht in sich. [Vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 535.] — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 9, 28, 35 Nr. 339 Abs. 1 i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 20, 23 Nr. 1, 29 Nr. 4, 30 Nr. 2.

§ 803.

In dem Arrestbefehl ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird.

Mot. S. 452. KPr. S. 428, 583.

1. Der Betrag ist so zu bemessen, daß der Anspruch in Haupt- und Nebensache nebst Prozeßkosten gedeckt wird. Auch beim dinglichen Arrest ist der Betrag nach der Höhe des Anspruchs, nicht nach dem Werte des arrestierbaren Objekts zu bestimmen. Hinterlegung in Wertpapieren ist nicht gestattet [aM. Cohn Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 591 ff.]; natürlich kann der Arrestgläubiger sich damit begnügen. Der Gläubiger hat an dem hinterlegten Betrag ein Faustpfandrecht; vgl. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 709. [So auch OLG. Jena SA. XXXVIII Nr. 84. AM. nämlich für Annahme bedingter Zahlung Herzog Ztschr. f. d. CPr. VI S. 371 ff. Dagegen Cohn a. a. O. S. 588.] Der hinterlegte Betrag haftet nicht bloß bis zur Höhe des Wertes des ausgelösten Arrestobjekts, sondern für den ganzen Anspruch [vgl. RG. 18. Juni 1887 Entsch. XX Nr. 91 S. 396]. Hinterlegungsstelle s. preuß. Hinterl.-Ordn. §§ 70, 72–74.

2. Der Arrestbeklagte kann durch Vorlage einer öffentlichen Urkunde über die Hinterlegung der Vollziehung entgegentreten (§ 691 Nr. 3). Wegen Aufhebung des vollzogenen Arrestes s. § 813. Die Hinterlegung beseitigt nicht den Arrestbefehl; daher sind die §§ 804–807 auch noch nachher anwendbar.

3. Sollte § 803 nicht beachtet sein, so kann der Gläubiger durch einf. Beschwerde, der Schuldner durch Widerspruch die Ergänzung herbeiführen, falls der Arrestbefehl als Beschluß erging; war derselbe Urteil, so ist Abhülfe nur im Wege der Berufung bzw. Revision — nicht durch Ergänzungsantrag nach § 292 — möglich. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp III S. 466, A. Förster N. 4, Merkel S. 147. AM. Struckm. Koch N. 1.]

§ 804.

Gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, findet Widerspruch statt.

Die widersprechende Partei hat den Gegner unter Mitteilung der Gründe, welche sie für die Aufhebung des Arrestes geltend machen will, zur mündlichen Verhandlung zu laden.

Durch Erhebung des Widerspruchs wird die Vollziehung des Arrestes nicht gehemmt.

§ 805.

Wird Widerspruch erhoben, so ist über die Rechtmäßigkeit des Arrestes durch Endurteil zu entscheiden.

Das Gericht kann den Arrest ganz oder teilweise bestätigen, abändern oder aufheben, auch die Bestätigung, Abänderung oder Aufhebung von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig machen.

Mot. S. 452–454. KPr. S. 428, 429, 583.

1. Ist der Arrest durch Urteil angeordnet, so findet Berufung oder Revision, aber kein Widerspruch statt. Ist der Arrest durch Beschluß angeordnet, so findet Widerspruch statt.

Zum Widerspruch befugt ist der Arrestbeklagte und seine Rechtsnachfolger; daher, wenn Konkurs über das Vermögen des Arrestbeklagten eröffnet ist, der Konkursverwalter [vgl. RG. 7. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 111 S. 396, OLG. Karlsruhe SA. XXXVIII Nr. 85], nicht ein anderer Interessent [vgl. RG. 17. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 119 S. 400, 5. April 1887 XVIII Nr. 81 S. 376].

Der Widerspruch kann gültig erhoben werden, auch wenn der Arrestbeschluß dem Arrestbeklagten noch nicht ordnungsmäßig zugestellt ist [RG. 8. Okt. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 163]. — Für Erhebung des Widerspruchs läuft keine Frist; die Erhebung ist auch nach Vollziehung des Arrestes und nach Erhebung der Klage in der Hauptsache zulässig. Die Erhebung des Widerspruchs liegt in der Erklärung im Termine zur mündlichen Verhandlung. Um solchen Termin herbeizuführen, hat die widersprechende Partei den Gläubiger zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit des Arrestes zu laden. Auf die Ladung finden die §§ 191—194, in amtsgerichtlichtlichen Sachen auch die §§ 457, 458; auf die Zustellung die §§ 152 ff., auch § 180 (KPr. S. 433 f.) Anwendung. Die Mitteilung der Gründe, aus welchen die widersprechende Partei die Rechtmäßigkeit des Arrestes bekämpfen will, ist instruktionell vorgeschrieben, aber nicht wesentlich für die Gültigkeit des Widerspruchs. Der Arrestbeklagte kann in der Verhandlung andere als die im Widerspruchsakte angegebenen Gründe, er kann Thatsachen, welche erst nach der Arrestanordnung eingetreten sind, zur Bekämpfung des Arrestes geltend machen, gleichwie der Arrestkläger noch neue Thatsachen zur Begründung des Arrestgesuchs vortragen kann. [Vgl. Möller Ztschr. f. d. CPr. X S. 501, RG. 23. Sept. 1881 SA. XXXVII Nr. 173, 27. Okt. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1173.] Wegen Anwaltszwangs und Vorbereitung der Verhandlung vgl. Bem. Nr. 1 Ziff. II litt. b zu §§ 801, 802 (S. 899). Der Ladung bedarf es nicht, wenn der Arrest vom Gericht der anhängigen Hauptsache erlassen und der Widerspruch in dem Termin zur mündlichen Verhandlung der Hauptsache mündlich erklärt wird.

2. Zur Verhandlung und Entscheidung über den Widerspruch ist ausschließlich das Gericht, welches den Arrestbeschluß erlassen hat, örtlich und sachlich zuständig. Weder durch Vereinbarung noch nach § 39 kann ein anderes Gericht die Zuständigkeit erlangen. Trotz § 10 kann die von dem Landgerichte erlassene Entscheidung aus dem Grunde, daß die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei, angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Arrestgerichts auf der Anhängigkeit des Arrestprozesses bei diesem Gericht, nicht auf den Vorschriften über Verteilung der sachlichen Zuständigkeit zwischen den Land- und Amtsgerichten beruht. [Vgl. RG. 5. Apr. 1887 Entsch. XVIII Nr. 81 S. 377 ff., 14. Juni 1887 XVIII Nr. 76 S. 361, OLG. Kiel SA. XXXVIII Nr. 293, bay. o. LG. SA. XL Nr. 81]. Ist der Arrestbeschluß in der Beschwerdeinstanz erlassen, so ist das Beschwerdegericht zuständig, denn dem Beschwerdegericht fällt auch bei Anordnung mündlicher Verhandlung die Justifikationsverhandlung zu [vgl. KG. Berlin Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 862, Küntzel eod. XXIX S. 459. AM. Wilm. Levy N. 3, Peters, Dorendorf].

3. Der Verhandlungsgegenstand ist der gleiche wie bei mündlicher Verhandlung vor der Entscheidung über das Gesuch. Bem. Nr. 2 zu §§ 801, 802 findet daher entsprechende Anwendung. Auch die Parteistellung bleibt die gleiche; derjenige, welcher den Arrestbeschluß erwirkt hatte, hat die Rolle des Klägers, sein Gegner die des Beklagten. Den Arrestkläger trifft die Beweislast bezüglich des Anspruchs und des Arrestgrundes; der Arrestbeklagte hat nur seine selbständigen Behauptungen zu beweisen [RG. 15. Okt. 1881 SA. XXXVII Nr. 174]. Über die Rechtmäßigkeit des Arrestes ist durch Urteil zu entscheiden. Das Urteil

lautet entweder auf Bestätigung des Arrestbefehls (ganz oder teilweise) oder auf Abänderung oder Aufhebung oder auf Bestätigung unter der Bedingung, daß der Arrestkläger eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit leiste, oder auf Abänderung oder Aufhebung unter der Bedingung, daß der Arrestbeklagte eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit leiste. Auf diese Sicherheit findet § 101 keine Anwendung (s. Bem. Nr. 1 zu § 101). Auf die Anfechtung des auf Grund zweiseitiger Verhandlung erlassenen Urteils findet Bem. Nr. 1 II litt. d zu §§ 801, 802 (S. 900) entsprechende Anwendung.

Da die Parteirollen sich nicht verändern, also der Arrestkläger die Angreiferrolle, der Gegner die des Angegriffenen behält, so ist beim Ausbleiben des Arrestklägers im Verhandlungstermine der § 295, beim Ausbleiben des widersprechenden Schuldners aber § 296 entsprechend anzuwenden (vgl. dazu Bem. Nr. 1 II litt. e zu §§ 801, 802 (S. 900). [So auch RG. 27. Okt. 1883 X Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1173, 5. Dez. 1887 Entsch. XX Nr. 87 S. 383.] Gegen das Versäumnisurteil steht dem Kontumazierten der Einspruch zu.

Wegen der Kosten vgl. Bem. Nr. 5 zu §§ 801, 802 (S. 903).

4. Jedes den Arrest ganz oder teilweise aufhebende Urteil ist für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 648 Nr. 5). Mittels desselben kann die Vollstreckung des Arrestbefehls gehemmt, es können die Vollstreckungsmaßregeln aufgehoben werden (§ 691 Nr. 1, § 692). Doch kann der Gläubiger wieder die sofortige Vollstreckbarkeit des Aufhebungsurteils durch Sicherheitsleistung nach § 652 Abs. 2 abwenden. Die §§ 651—654 sind anwendbar mit der Umdrehung, daß, wo sie vom Schuldner reden, der Arrestkläger als der durch das vorläufig vollstreckbare Urteil Betroffene zu verstehen ist [vgl. Merkel S. 156 f.]

§ 806.

Ist die Hauptsache nicht anhängig, so hat das Arrestgericht auf Antrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung anzuordnen, daß die Partei, welche den Arrestbefehl erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben habe.

Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, so ist auf Antrag die Aufhebung des Arrestes durch Endurteil auszusprechen.

Mot. S. 454. KPr. S. 429, 583.

1. Die Motive bemerken: „Ist die Hauptsache nicht anhängig, so wird die Vollziehung des Arrestes in zahlreichen Fällen die Folge haben, daß der Schuldner zahlt oder dem Gläubiger für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit leistet. Es ist daher nicht erforderlich, dem Gläubiger generell die Verpflichtung aufzulegen, binnen einer bestimmten Frist die Klage in der Hauptsache zu erheben. Andererseits muß aber auch dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden, auf einem einfachen Wege die Erhebung der Klage in der Hauptsache zu erwirken. Diesem Zwecke entspricht die Anordnung einer bestimmten Frist zur Klagerhebung auf Antrag des Schuldners. Das Präjudiz für den der Anordnung nicht Folge leistenden Gläubiger muß die Aufhebung des Arrestes sein. Dieselbe kann nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung und nur durch Endurteil ausgesprochen werden, da der Gläubiger durch die Erwirkung des Arrestes und durch die Vollziehung desselben Rechte erworben hat."

2. „Hauptsache" im Verhältnis zu dem Arrest oder einstweiliger Verfügung betreffenden Verfahren ist der Prozeß über den Anspruch, dessen Durchführung mittels des Arrestes oder der einstw. Verf. gesichert — bei der einstw. Verf. nach § 819 der Prozeß über das Rechtsverhältnis, in Bezug auf welches der einstweilige Zustand geregelt werden soll.

„Anhängig" ist die Hauptsache, wenn in Bezug auf dieselbe Klage — im ordentlichen oder im Urkundenprozeß, beim staatlichen oder beim Schiedsgerichte — erhoben oder

ein Zahlungsbefehl zugestellt ist und die Rechtshängigkeit noch nicht beendigt ist. Über das Ende der Rechtshängigkeit s. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 235, dann die §§ 637 und 641.

3. Ist die Hauptsache nicht anhängig, so kann der Schuldner oder sein Rechtsnachfolger — im Konkurse der Verwalter als Vertreter der Gläubiger — beantragen, daß das Arrestgericht anordne, es habe der Gläubiger binnen einer vom Gericht zu bestimmenden Frist Klage in der Hauptsache zu erheben. Für den Antrag gilt Anwaltszwang, wenn das Arrestgericht ein Land- oder höheres Gericht ist. Der Antrag ist schriftlich einzureichen; nur wenn das Arrestgericht ein Amtsgericht ist, kann der Antrag auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden. Die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß. Dieser ist beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen, wenn dem Antrage stattgegeben wird. Ein abweisender Beschluß wird bloß dem Antragsteller zugestellt (vgl. Bem. Nr. 3 litt. i zu § 294). Gegen den stattgebenden Beschluß hat der Gläubiger keine Beschwerde [vgl. RG. 13. März 1886 Entsch. XVI Nr. 90 S. 366]; denn die Entscheidung betrifft nicht die Vollziehung des Arrestes; auch hat der Gläubiger in dem Verfahren, in welchem die Aufhebung des Arrestes beantragt wird, Gelegenheit, die Behauptung, daß die Hauptsache nicht anhängig sei, zu bestreiten. Gegen Abweisung des Antrags sowie gegen jeden dem Antrage z. B. in Bezug auf die Länge der Frist nicht entsprechenden Beschluß steht dem Schuldner die einfache Beschwerde zu (arg. § 530; vgl. a. Bem. Nr. 1 a. E. zu §§ 801, 802). [Vgl. RG. 17. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1149, OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 174]. Mit der Zustellung des die Erhebung der Klage anordnenden Beschlusses an den Gläubiger beginnt der Lauf der Frist (§ 198). Dieser wird durch die Gerichtsferien nicht gehemmt (GVG. § 202 Nr. 2). Die Frist kann durch Vereinbarung sowie auf Antrag vom Arrestgericht verlängert und verkürzt werden (§ 202).

3. Der Gläubiger kann die Frist durch Klage im ordentlichen oder im Urkundenprozeß, bei dem staatlichen oder dem Schiedsgericht wahren. Auch wenn bei einem nicht zuständigen Gericht geklagt ist, kann die Aufhebung des Arrestes wegen versäumter Frist so lange nicht verlangt werden, als die Klage nicht wegen Unzuständigkeit abgewiesen ist. Zustellung eines Zahlungsbefehls dürfte nicht genügen; abgesehen davon, daß der § 806 nur von Klage redet, paßt das Mahnverfahren nicht, weil Widerspruch zu erwarten ist. Ist der Gläubiger nicht in der Lage, die Leistungsklage zu erheben, z. B. bei betagten Ansprüchen, so muß Feststellungsklage genügen.

4. Nach Ablauf der Frist kann der Schuldner bei dem Gericht, welches den Arrest verhängt hat, dessen Aufhebung beantragen. Zu diesem Zwecke muß er den Gläubiger zur mündlichen Verhandlung über die Aufhebung des Arrestes laden. Mit der Ladung ist der Aufhebungsantrag zuzustellen. Ladungsfrist: § 194. Findet die Verhandlung vor einem Land- oder Oberlandesgerichte statt, so besteht für das Verfahren einschließlich der Ladung Anwaltszwang. Aufforderung zur Anwaltsbestellung: § 192. Für die mündliche Verhandlung gelten die allgemeinen Regeln. Bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung kann der Gläubiger durch den Nachweis der, wenn auch nach Ablauf der Frist erfolgten Klagerhebung das Präjudiz der Arrestaufhebung abwenden (arg. § 209 Abs. 2), unbeschadet der Befugnis des Schuldners, die Verurteilung des Gläubigers in die Kosten des durch den Antrag veranlaßten Verfahrens zu begehren. Die Entscheidung erfolgt in Urteilsform (§ 284). Das Urteil ist unter den allgemeinen Voraussetzungen mittels Berufung und Revision anfechtbar (vgl. Bem. Nr. 1 II litt. d zu §§ 801, 802 S. 900). Die Vorschriften über das Versäumnisverfahren finden in der Weise Anwendung, daß die Versäumnisfolge des § 295 auf den Antragsteller, d. i. der Schuldner, die des § 296 auf den Gegner, d. i. der Gläubiger, angewandt wird. Bei Säumnis des Schuldners ist also der Antrag auf Aufhebung

des Arrestes durch Versäumnisurteil abzuweisen; bei Säumnis des Gläubigers ist die Behauptung, daß keine Klage erhoben sei, als zugestanden anzunehmen und Versäumnisurteil auf Aufhebung des Arrestes zu erlassen [vgl. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 348]. Das den Arrest aufhebende Endurteil ist für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 648 Nr. 5); die §§ 651—653 finden entsprechende Anwendung (vgl. Bem. Nr. 4 a E. zu §§ 804, 805). Mittels dieses Urteils kann die Vollziehung des Arrestes gehemmt werden (§ 691 Nr. 1); die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln sind aufzuheben (§ 692).

Bei Aufhebung des Arrestes ist der Gläubiger in die Kosten des ganzen Arrestprozesses zu verurteilen.

Die Aufhebung des Arrestes steht einem neuen Arrestgesuch nicht im Wege.

4. Durch § 806 ist nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage (§ 231) die Hauptsache anhängig mache.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 9, 28. GO. f. RA. § 20.

§ 807.

Auch nach der Bestätigung des Arrestes kann wegen veränderter Umstände, insbesondere wegen Erledigung des Arrestgrundes oder auf Grund des Erbietens zu einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung die Aufhebung des Arrestes beantragt werden.

Die Entscheidung ist durch Endurteil zu erlassen; sie erfolgt durch das Gericht, welches den Arrest angeordnet hat, und, wenn die Hauptsache anhängig ist, durch das Gericht der Hauptsache.

Mot. S. 454. KPr. S. 429, 583.

1. Litteratur: Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 532 ff., Hölscher Ztschr. f. d. CPr. VI S. 210 ff., Herbst eod. VII S. 519 ff., Möller eod. X S. 498 ff.

2. Weil der Arrest nur eine provisorische Sicherungsmaßregel ist, kann wegen veränderter, d. i. wegen solcher Umstände, welche erst nach Anordnung des Arrestes eingetreten sind, die Aufhebung oder Abänderung beantragt werden. Der Aufhebungsantrag greift nicht die ursprüngliche Rechtmäßigkeit des Arrestes, sondern nur die Rechtmäßigkeit der Fortdauer desselben an.

Ist der Arrest durch Beschluß angeordnet und Widerspruch entweder nicht erhoben oder darüber noch nicht durch ein der Berufung unzugängliches Urteil entschieden, so können die veränderten Umstände im Widerspruchsverfahren geltend gemacht werden; denn das Urteil über die Rechtmäßigkeit des Arrestes hat die Rechtmäßigkeit zur Zeit der Urteilsfällung zu prüfen (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu §§ 804, 805). Der Schuldner hat aber auch die Befugnis, einen Antrag nach § 807 zu stellen. Dies ergibt sich aus dem den § 807 einleitenden Worte „Auch", sowie aus der Erwägung, daß es unter Umständen für den Schuldner einfacher und zweckmäßiger ist, bei dem Gericht der anhängigen Hauptsache, welches von dem Arrestgericht verschieden sein kann, den Aufhebungsantrag zu stellen, als Widerspruch bei dem Arrestgericht zu erheben oder im Widerspruchsverfahren sich erst durch Berufung gegen das Urteil die Gelegenheit zum Vorbringen der veränderten Umstände zu verschaffen. [So auch Struckm., Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 2, Barkhausen a. a. O., Herbst a. a. O. AM. Möller a. a. O.] Ist der Arrest durch Urteil angeordnet oder auf Widerspruch durch Urteil bestätigt und ist das Urteil nicht mehr durch Berufung anfechtbar, so können die veränderten Umstände nur gemäß § 807 geltend gemacht werden. Solange das den Arrest anordnende oder bestätigende Urteil mit Berufung anfechtbar ist, so konkurrieren

Antrag nach § 807 und Berufung [vgl. OLG. Braunschweig SA. XLIII Nr. 81]. Der Schuldner kann nicht die verschiedenen, ihm zur Geltendmachung veränderter Umstände zustehenden Rechtsbehelfe an verschiedene Gerichte bringen; gegen die zweite Geltendmachung stände dem Gläubiger eine Einrede nach Analogie des § 235 Nr. 1 zu.

3. Eine Veränderung der Umstände kann insbesondere darin gelegen sein, daß inzwischen der Arrestgrund weggefallen oder der Arrestkläger in der Hauptsache unterlegen ist. Auch wenn die Entscheidung in der Hauptsache noch nicht rechtskräftig ist, kann der Arrest aufgehoben werden. Die Umstände können ferner durch das Erbieten des Schuldners zu einer anderen Art von Sicherheit verändert werden. Wegen der „nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung" vgl. Bem. Nr. 1 zu § 101. Ein weiterer Aufhebungsgrund ist der nach der Arrestanordnung vereinbarte Verzicht auf den Arrest [vgl. Kohler Beitr. z. Erl. d. DR. XXXI S. 310 f.]. Kein Aufhebungsgrund ist die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners [vgl. Hölscher a. a. O.]. Eine andere Frage ist, ob das Arrestpfandrecht der konkursmäßigen Anfechtung unterliegt; darüber s. die Citate in Bem. Nr. 1 litt. b g. E. zu § 810. Die Anfechtung kann nicht im Verfahren über den Aufhebungsantrag erfolgen.

3. Die Zuständigkeit des Arrestgerichts bzw. des Gerichts der Hauptsache (dazu vgl. Bem. Nr. 2 zu § 806 und Bem. Nr. 1 zu § 821) zur Verhandlung und Entscheidung über den Aufhebungsantrag beruht auf dem Zusammenhang des Antrags mit dem Arrestprozeß und der Hauptsache. Auf diese Zuständigkeit finden die in Bem. Nr. 2 zu §§ 804, 805 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. Über den Fall, daß die Hauptsache von einem Schiedsgerichte anhängig ist, s. Bem. Nr. 2 zu § 821.

4. Bezüglich der Legitimation zum Aufhebungsantrag findet Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu §§ 804, 805 entsprechende Anwendung. Der Aufhebungsantrag ist im Termin zur mündlichen Verhandlung zu stellen. In dem Termin zur Verhandlung über die Hauptsache kann der Antrag gestellt werden. Sonst muß der Schuldner den Gläubiger zur Verhandlung über den Aufhebungsantrag laden. Für die Ladung gelten die §§ 191—194, 457, 458; für deren Zustellung die §§ 152 ff., auch § 160. Mitteilung der Aufhebungsgründe bei der Ladung ist nicht wesentlich. Wegen Anwaltszwangs und Vorbereitung der mündlichen Verhandlung vgl. Bem. Nr. 1 Zff. II litt. b zu §§ 801, 802 (S. 899). Verhandlungsgegenstand ist die Rechtmäßigkeit der Fortdauer des Arrestes. Bem. Nr. 2 zu §§ 801, 802 findet daher entsprechende Anwendung. Die Parteistellung dreht sich um, der Schuldner ist der Angreifer, der Gläubiger der Angegriffene [vgl. RG. 5. Dez. 1887 Entsch. XX Nr. 87 S. 383]; der Schuldner hat die Gründe für die Aufhebung zu beweisen. Die Entscheidung erfolgt in Urteilsform, auch wenn der Arrest durch Beschluß angeordnet ist [vgl. OLG. Dresden SA. XLIII Nr. 80]. Auf die Anfechtung des Urteils findet Bem. Nr. 1 II litt. d zu §§ 801, 802 (S. 900) entsprechende Anwendung. Gemäß der dargelegten Verteilung der Parteirollen ist beim Ausbleiben des Schuldners Vers.-Urteil auf Abweisung des Aufhebungsantrags zu erlassen (arg. § 295), beim Ausbleiben des Gläubigers aber ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Schuldners als zugestanden anzunehmen und, soweit dasselbe den Aufhebungsantrag rechtfertigt, dem Antrag stattzugeben; soweit dies nicht der Fall ist, ist der Antrag abzuweisen (arg. § 296) [vgl. RG. Entsch. XX S. 383]. Dabei ist natürlich § 300 zu beachten. Dem Kontumazierten steht der Einspruch zu.

5. Wegen der Kosten s. Bem. Nr. 5 zu §§ 801, 802 (S. 903). Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 9, 28; GO. f. RA. § 20.

§ 808.

Auf die Vollziehung des Arrestes finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

Mot. S. 455. KPr. S. 429, 583.

1. Abweichende Bestimmungen s. §§ 809—812. Wegen Einweisung in gepfändete Forderungen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 810.

2. Die in §§ 715, 749, 785, 786 enthaltenen Beschränkungen der Vollstreckung gelten auch beim Arrestvollzug. Besondere Beschränkungen s. HGB. Art. 119, 120, 129, 446; Postges. vom 28. Oktober 1871 § 20. Alle landesrechtlichen Beschränkungen sind aufgehoben.

3. Wegen der Gebühren des RA. s. RG. 19. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 119 S. 400.

§ 809.

Arrestbefehle bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach Erlassung der Befehle eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist.

Die Vollziehung des Arrestbefehls ist unstatthaft, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind.

Die Vollziehung ist vor der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner zulässig. Sie ist jedoch ohne Wirkung, wenn die Zustellung nicht innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf der für diese im vorhergehenden Absatz bestimmten Frist erfolgt.

Mot. S. 455. KPr. S. 429, 583. Zu Abs. 3: Reichstag 6. Leg.Per. II. Sess. 1885/86 Schriftstück Nr. 125 und 233.

1. Zu Abs. 1: Der Arrestbefehl enthält bereits die wesentlichen Bestandteile der Vollstreckungsklausel (§ 663). Bei Rechtsnachfolge sind die §§ 665—667 anwendbar. Wegen der sofortigen Vollstreckbarkeit der Arrestbefehle s. Bem. Nr. 1 II litt. g zu §§ 801, 802 (S. 900).

2. Zu Abs. 2: Die Fristbestimmung soll verhindern, daß der Arrest unter veränderten Umständen vollzogen werde (Mot. S. 455). Die Frist beginnt mit der Verkündung, wenn der Arrest durch Urteil, mit der Zustellung, wenn derselbe durch Beschluß angeordnet ist. Da Widerspruch gegen den Arrest die Vollziehung nicht hindert, so läuft die Frist trotz dem Widerspruche fort. Durch Vereinbarung kann die Frist verlängert werden (§ 202). Der Ger.-Vollz. und das um Mitwirkung bei der Vollziehung angegangene Vollstreckungsgericht muß die Vollziehung nach Ablauf der Frist verweigern. Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung innerhalb der Frist wahrt die Frist für weitere mit dieser Vollstreckungshandlung zusammenhängende Vollstreckungsthätigkeit — z. B. wenn innerhalb der Frist gepfändet ist, so kann nach Ablauf der Frist der Antrag auf Versteigerung (§ 810 Abs. 3) gestellt werden, oder wenn innerhalb der Frist bei der zuständigen Behörde die Eintragung des Arrestes in das Grund- oder Hypothekenbuch beantragt ist, so kann nach Ablauf der Frist die Eintragung geschehen [vgl. Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.-Ordn. S. 223, 247, Ortenau Komm. z. bay. Subh.-Ordn. 2. Aufl. S. 511]; aber unstatthaft ist jede andere selbständige Voll-

streckungshandlung — z. B. eine neue Pfändung — nach Ablauf der Frist. — Über die Anwendung des Abs. 2 auf einstweilige Verfügungen s. Bem. Nr. 1 zu § 815.

Gegen Vollziehung des Arrestbefehls nach Ablauf der Frist kann der Schuldner die Hülfe des Vollstreckungsgerichts anrufen (§ 685); das Vollstreckungsgericht hat die verspätete Vollstreckung für unwirksam zu erklären. Auch ein konkurrierender Gläubiger kann die Verspätung rügen; denn die Bestimmung des Abs. 2 enthält eine Befristung der Wirksamkeit des Arrestbefehls; dieser wird unwirksam, wenn und soweit er nicht innerhalb der Frist in Vollzug gesetzt ist.

3. Zu Abs. 3: Dieser Abs. wurde durch RG. v. 30. April 1886 betr. die Ergänzung des § 809 der CPrO. (RGBl. S. 130) dem § 809 angefügt. Veranlaßt ist der Zusatz durch die Schwierigkeiten, welche sich bei Arrestvollziehung insbesondere gegenüber ausländischen Schuldnern und Personen unbekannten Aufenthalts daraus ergaben, daß nach dem früheren Rechtszustande die Vollziehung erst beginnen durfte, wenn der Arrestbefehl dem Schuldner bereits zugestellt war oder gleichzeitig zugestellt wurde, während doch die in Abs. 2 des § 809 für die Vollziehung des Arrests dem Gläubiger gesetzte Frist ablief, ehe die Zustellung im Ausland oder mittels öffentlichen Ausschreibens ausgeführt sein konnte. Litteratur über diesen Rechtszustand: L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. III S. 357 ff., Voß Mag. f. DR. II S. 131, Francke eod. S. 148 ff., v. Krämel eod. III S. 86 ff., Tränkner Ztschr. f. d. CPr. VI S. 194, Kuhn Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 683 ff., Hagemann XXIX S. 371 ff., Petersen (Hamburg) Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 423 ff., Jastrow eod. IX S. 422 ff., Beschorner Jur. WSchr. 1883 S. 63, Wach I S. 272, Fitting die Entbehrlichkeit der beabsichtigten Novelle zur CPrO. (Berlin 1886); dazu RG. Entsch. VI Nr. 120 S. 388, VIII Nr. 128 S. 429, XIV Nr. 94 S. 335, Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 847, XXIX S. 1144; bay. o. LG. Bl. f. RA. XLIX S. 296, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 533, OLG. Stuttgart SA. XXXIX Nr. 74[1]. Der dem Reichstag vom Bundesrat vorgelegte Entwurf schlug folgende Ergänzung des § 809 vor:

> „An Stelle der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner (§ 671) genügt es, wenn die Post um Bewirkung der Zustellung ersucht (§§ 177, 179) oder, sofern eine Zustellung mittels Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder eine öffentliche Zustellung erforderlich ist, das Gesuch um die Zustellung (§ 190) überreicht ist."

Statt dieses Zusatzes schlug die Reichstagskommission, an welche der Entwurf verwiesen wurde, die gegenwärtige Fassung vor. Über den Entwurf, dessen Begründung und seine Änderung in der Kommission vgl. Ztschr. f. d. CPr. IX S. 544 ff., X S. 153 ff., wo Entw., Motive und Kommissionsbericht abgedruckt sind. Litteratur zu der Novelle: Petersen (Hamburg) Ztschr. f. d. CPr. X S. 153 ff., Jastrow eod. S. 275 ff., Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 526 ff., Marcus eod. XXXI S. 37 ff., Falkmann Ztschr. f. d. CPr. XI S. 72 ff. Die Neuerung ist deswegen nicht unbedenklich, weil sie dem Schuldner, welcher vom Inhalt des Arrestbeschlusses vor und bei der Vollstreckung nichts erfährt, die Möglichkeit nimmt, die Vollstreckung durch Hinterlegung (§ 803) abzuwenden.

Der Abs. 3 enthält eine Modifikation der in § 671 Abs. 1 enthaltenen Regel, daß die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn der Vollstreckungstitel bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Der Gläubiger kann sich an die Regel halten und den Arrestbefehl vollziehen lassen, wenn derselbe zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird; dann ist Abs. 3 des § 809 gegenstandslos. Aber der Gläubiger kann auch die Vollziehung des Arrestbefehls vor dessen Zustellung ins Werk setzen. Thut er das, so eröffnet er sich eine mit der ersten Vollstreckungsthätigkeit — also bei Sachenpfändung mit dem Pfändungsakte, bei der Forderungspfändung mit der Zustellung an den Drittschuldner, bei dem Immobiliar-

arrest mit der Einreichung des Antrags auf Vormerkung des Arrestes bei dem Grundbuch- oder Hypothekenamte — beginnende Frist, innerhalb deren er den Arrestbefehl dem Schuldner zustellen muß. Die Frist dauert eine Woche; wenn jedoch die in Abs. 2 des § 809 bestimmte zweiwöchige Frist früher endigt, d. i. also stets, wenn die Vollziehung erst später als am 7. Tage nach der Verkündung oder Zustellung des Arrestbefehls an den Gläubiger stattfand, kürzt sich die Frist des Abs. 3 in der Weise, daß sie mit der Frist des Abs. 2 zu Ende geht. Bei Zustellung im Auslande und bei öffentlicher Zustellung wird gemäß § 190 die Frist des Abs. 3 mit der Überreichung des Gesuchs gewahrt, wenn die Zustellung demnächst bewirkt wird (vgl. Kommiss.-Bericht S. 8); die Frist ist nicht bloß dann gewahrt, wenn das Gesuch um Zustellung nach der Vollziehung, sondern auch, wenn es vor der Vollziehung des Arrestbefehls überreicht ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 6, A. Förster N. 13, die Herausgeber d. Ztschr. f. d. CPr. XI S. 165 N. *. AM. Petersen (Hamburg) eod. S. 165 auf Grund des formalen Bedenkens, daß § 190 nicht eingreife, wenn die Frist des Abs. 3 erst nach der Überreichung des Gesuchs beginne. Aber das ist Wortklauberei. Wenn die Vornahme einer prozessualischen Handlung befristet ist, so hat die vor dem Beginn der Frist vorgenommene Handlung, insoweit nicht besondere Bestimmungen entgegenstehen, die gleiche Wirkung wie die innerhalb der Frist geschehene.] Die Frist des Abs. 3 kann vom Gericht weder verlängert noch abgekürzt werden (arg. § 202 Abs. 2); wohl aber durch Vereinbarung (§ 202 Abs. 1), was praktisch bedeutungslos ist.

Wird die in Abs. 3 bestimmte Frist nicht eingehalten, so ist die vorher vorgenommene Vollziehung wirkungslos. Die Wirkung des Vollstreckungsaktes ist durch die rechtzeitige Zustellung bedingt; die Vollstreckungswirkung — insbesondere der Erwerb des Arrestpfandrechts — ist nur provisorisch eingetreten; sie hört auf, wie wenn sie nie bestanden hätte, wenn die rechtzeitige Zustellung nicht erfolgt; die gepfändeten Sachen sind nach Ausfall der Bedingung pfandfrei, gerade wie Sachen, welche der Vorschrift des § 671 zuwider auf Grund eines nicht zugestellten Urteils gepfändet wurden. Der Schuldner kann auf Grund des § 685 die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts über die Pfandfreiheit sowie auch die formelle Beseitigung der Vollstreckungsmaßregeln — die Zurückgabe der weggenommenen Sache, die Abnahme der Siegel, die Lösung des Drittschuldners von dem Verbote an den Schuldner zu zahlen, die Löschung des Arresteintrags im Grundbuch — verlangen. Auch dritte Personen, insbesondere konkurrierende Gläubiger können die Ungültigkeit geltend machen. Dagegen kann nicht wegen Ausfalls der Bedingung die Aufhebung des Arrestbefehls verlangt werden; denn dessen Bestand wird durch die Ungültigkeit der Vollziehung so wenig berührt, als der Bestand eines Urteils durch eine gegen § 671 Abs. 1 verstoßende Vollziehung; es kann vielmehr der Arrestbefehl, solange die Frist des § 809 Abs. 2 noch nicht abgelaufen ist, aufs neue vollzogen werden. [Vgl. Petersen Ztschr. f. d. CPr. X S. 169 f., Jastrow eod. S. 280. Abweichende Ansichten bei Marcus a. a. O. S. 37 ff., Falkmann a. a. O. S. 75 ff., Kretz Fischer Komm. z. pr. Subh.-Ordn. Erg. Heft 1886 S. 816 N. 50.] Über Anwendbarkeit des § 809 Abs. 3 auf einstw. Verfügungen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 815.

§ 810.

Die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen wird durch Pfändung bewirkt. Die Pfändung erfolgt nach denselben Grundsätzen wie jede andere Pfändung und begründet ein Pfandrecht mit den im § 709 bestimmten Wirkungen. Für die Pfändung einer Forderung ist das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht zuständig.

Gepfändetes Geld und ein im Verteilungsverfahren auf den Gläubiger fallender Betrag des Erlöses werden hinterlegt.

Das Vollstreckungsgericht kann auf Antrag anordnen, daß eine bewegliche körperliche Sache, wenn sie der Gefahr einer beträchtlichen Wertsverringerung ausgesetzt ist oder wenn ihre Aufbewahrung unverhältnißmäßige Kosten verursachen würde, versteigert und der Erlös hinterlegt werde.

Mot. S. 455, 456. KPr. S. 429—434, 583—588, 720, 731—733.

1. Zu Abs. 1: a) Auf die Pfändung finden die §§ 708—715, 727—735, 739, 745, 750—752, 754 Anwendung. Über Anwendung des § 750 vgl. Jastrow Ztschr. f. d. CPr. X S. 278 N. 6. Versteigerung gepfändeter Sachen findet nur unter den in Abs. 3 des § 810 bezeichneten Voraussetzungen statt. Die Überweisung einer gepfändeten Forderung wird in den Mot. S. 456 als unzulässig bezeichnet. In der That würde Überweisung an Zahlungsstatt der provisorischen Natur des Arrestes widerstreiten; Überweisung zur Einziehung mit der Befugnis, nicht Zahlung sondern die gerichtliche Hinterlegung oder in den Fällen der §§ 746, 747 die Herausgabe an den Gerichtsvollzieher oder Sequester zu verlangen, würde der Natur des Arrestes nicht widerstreiten, ist aber in der CPrO. nicht vorgesehen und daher nicht zulässig [vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 6, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 323. AM. A. Förster N. 6 zu § 808, Oswalt Ztschr. f. d. CPr. XI S. 182 ff., OLG. Braunschweig eod. VII S. 111]. Die Arrestpfändung einer Forderung hindert den Schuldner nicht, gegen den Drittschuldner auf Hinterlegung zu klagen [vgl. RG. 13. April 1887 Entsch. XVII Nr. 65 S. 292 ff.]

b) Nach dem früheren gemeinen, sowie nach dem franz. und preuß. Recht begründete die Arrestvollziehung kein Pfandrecht und kein Vorzugsrecht, sondern bewirkte nur die Ungültigkeit der dem Arrest zuwiderlaufenden Dispositionen des Schuldners. Die Erwägungen, welche dazu führten, das Pfandrecht einzuführen, s. Mot. S. 455 f. In der JK. d. RT. wurde die Neuerung lebhaft bekämpft, schließlich aber angenommen. Auf das Arrestpfandrecht finden alle in Bem. N. 2 zu § 709 entwickelten Sätze Anwendung, insbesondere gewährt auch das Arrestpfandrecht im Konkurse ein Absonderungsrecht. Übrigens ist das Arrestpfandrecht dadurch bedingt, daß nicht die Aufhebung des Arrestes erfolge. Wird der Arrest aufgehoben, so ist das Pfandrecht zu Ende. Die Aberkennung des Anspruchs im Hauptprozesse bewirkt noch nicht das Aufhören des Pfandrechts; dazu ist erst noch die Aufhebung des Arrestes nötig; die Aufhebung kann nach § 807 beantragt werden. Wird der Schuldner im Hauptprozesse verurteilt und ist dieses Urteil vollstreckbar (§ 644), so wird ohne neue Pfändung die Verwertung des Pfandobjekts, die Überweisung der gepfändeten Forderungen, die Auszahlung hinterlegter Beträge ꝛc. an den Gläubiger möglich. Über Anfechtung des Arrestpfandrechts wegen Benachteiligung der Gläubiger vgl. Merkel S. 209 ff., Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 532 ff., v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. V S. 337 ff., Hölscher eod. VI S. 207 ff., ferner die Citate in Bem. Nr. 2 litt. c a. E. zu § 709.

3. Der Schlußsatz des Abs. 1 beseitigt für die Arrestvollziehung in Forderungen und andere Vermögensrechte (§ 754) den § 729 Abs. 2. Im übrigen gelten die Bestimmungen des § 684 über Vollstreckungsgericht.

4. Zu Abs. 2: Wegen der Rechtsverhältnisse an dem hinterlegten Betrag vgl. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709.

5. Zu Abs. 3: Der Antrag kann von dem Gläubiger wie von dem Schuldner gestellt werden. Entscheidung: § 684 Abs. 3, Beschwerde: § 701. Gebühren: GKG. § 35 Nr. 2 i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881, GO. f. RA. § 23 Nr. 2.

§ 811.

Die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

Mot. S. 456. KPr. S. 434, 589.

1. Litteratur: Meibom Immobiliararrest Arch. f. civ. Pr. LXXII S. 331 ff. — Nach der CPrO. bestimmen sich die Voraussetzungen für Anordnung und Aufhebung des Immobiliararrestes, das auf dessen Anordnung und Aufhebung bezügliche Verfahren, ferner die allgemeinen Bedingungen für die Arrestvollziehung, welche sich aus den §§ 671, 809 ergeben. Daran kann die Landesgesetzgebung nichts ändern [vgl. Meibom a. a. O. S. 340]. Daher ist die im bayer. AG. z. CPrO. Art. 27 Abs. 2 enthaltene vom Reichsgesetz abweichende Bestimmung ungültig [vgl. Kraußold Bl. f. RA. LII S. 113 ff.]. Nach dem Landesgesetze bestimmt sich entsprechend der Vorschrift des § 757, dessen Abs. 2 und 3 hierher anwendbar sind, die Art und Weise der Vollziehung — ob Bucheintrag? in welcher Form? — die Wirkung — ob Pfandrecht, ob Vorzugsrecht? — sowie die Art und Weise der Löschung eines aufgehobenen Immobiliararrestes.

2. Landesgesetze über Vollziehung des Immobiliararestes: Preuß. Subh.-Ordn. v. 13. Juli 1883 §§ 2. 10, 12, 153, 178 (für das Geltungsbereich der Grundbuchordnung), ferner preuß. Ges. v. 4. März 1879 § 24; bayer. AG. Art. 25—31 [dazu die in Bem. Nr. 1 vor § 796 cit. Schrift von Werner] und bayer. Ges. v. 29. Mai 1883, Änderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen betr., Art. 44 [dazu Ortenau Komm. z. Subh.-Ordn. 2. Aufl. S. 510, dessen Ausführungen insofern unvollständig sind, als sie die Bestimmung über Unwirksamkeit des Arrestes in CPrO. § 809 Abs. 3 nicht berücksichtigen]; sächs. Verordn. v. 16. Sept. 1879 § 10; württ. Ges. v. 18. Aug. 1879 Art. 27; bad. Ges. v. 3. März 1879 § 98; hess. AG. Art. 6; meckl.-schw. u. str. AV. v. 21. Mai 1879 §§ 13—20; anh. AG. § 23; braunschw. AG. §§ 4, 5; sachs.-alt. AG. § 23; sachs.-cob.-G. AG. § 12; sachs.-mein. AG. § 10; Reuß ä. L. AG. §§ 54—60; Reuß j. L. AG. § 11; schwarzb.-rud. AG. §§ 9, 10; lipp. AG. §§ 9, 10, 14; hamb. AG. § 19.

Vgl. a. Entw. e. b. GB. § 1132.

§ 812.

Die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes richtet sich, wenn sie durch Haft erfolgt, nach den Vorschriften der §§ 785—794 und, wenn sie durch sonstige Beschränkung der persönlichen Freiheit erfolgt, nach den vom Arrestgerichte zu treffenden besonderen Anordnungen, für welche die Beschränkungen der Haft maßgebend sind.

Mot. S. 456. KPr. S. 434, 589.

„Sonstige Beschränkung der persönlichen Freiheit" — z. B. Beschlagnahme von Legitimationspapieren, Zeugnissen, Beigeben einer Wache, Hausarrest. Auch solche Maßregeln unterliegen den Beschränkungen der §§ 785 bis 794 (Mot. S. 456). Der Gläubiger hat die Kosten des Vollzugs vorzuschießen.

§ 813.

Die Aufhebung eines vollzogenen Arrestes gegen Hinterlegung des in dem Arrestbefehle festgestellten Geldbetrags erfolgt von dem Vollstreckungsgerichte.

Das Vollstreckungsgericht kann die Aufhebung des Arrestes auch anordnen, wenn die Fortdauer besondere Aufwendungen erfordert und die Partei, auf deren Gesuch der Arrest verhängt wurde, den nötigen Geldbetrag nicht vorschießt.

Die in diesem Paragraphen erwähnten Entscheidungen können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Arrest aufgehoben wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 456. KPr. S. 434, 589.

1. Der ganze § 813 handelt von Aufhebung der Arrestvollziehung, nicht von Aufhebung des Arrestbefehls [vgl. RG. 2. Febr. 1886 Entsch. XV Nr. 113 S. 409]. Der Arrestbefehl bleibt sowohl im Falle des Abs. 1 wie des Abs. 2 bestehen; denn weder mit der Hinterlegung des in dem Arrestbefehl festgestellten Geldbetrags noch bei mangelndem Vorschuß für die Kosten fortdauernder Vollziehung ist der Arrestprozeß erledigt, nach wie vor ist die Bekämpfung der Rechtmäßigkeit des Arrestes nach §§ 803, 804, 807 nötig, wenn der Arrestbeklagte die Aufhebung des Arrestbefehls erlangen will. Die Aufhebung der Arrestvollziehung gemäß § 813 kann nur aus den in Abs. 1 und 2 erwähnten Gründen verlangt werden. Die Aufhebung der Vollziehung wegen Aufhebung des Arrestbefehls oder wegen Befriedigung des Gläubigers erfolgt gemäß §§ 691 Nr. 1, 4, 5, 692 durch die Vollstreckungsorgane, nötigenfalls gemäß § 685 durch das Vollstreckungsgericht.

2. Zur Aufhebung der Arrestvollziehung aus den in § 813 bezeichneten Gründen ist ausschließlich das Vollstreckungsgericht (§§ 684, Abs. 2, 810 Abs. 2) zuständig. Der Antrag kann nur vom Schuldner und seinen Rechtsnachfolgern gestellt werden. Will der Gläubiger die Vollziehungsmaßregeln beseitigen, so braucht er dazu nicht die Mitwirkung des Gerichts. Im Falle des Abs. 2 ist die Aufhebung auch von Amtswegen zulässig.

3. Das Verfahren richtet sich nach den in Bem. Nr. 6 zu § 119 entwickelten Regeln. Die Entscheidung ist auch, wenn mündliche Verhandlung angeordnet ist, Beschluß [vgl. Wilm. Levy N. 4, Gaupp III S. 491, A. Förster N. 5, Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 743 ff. AM. Struckm., Koch N. 3, v. Bülow N. 4, Endemann III S. 381, Merkel S. 172]. Sowohl gegen den den Arrest aufhebenden, wie gegen den den Aufhebungsantrag abweisenden Beschluß findet sofortige Beschwerde statt (§ 701); denn es handelt sich nicht um die Arrestanordnung, sondern um die Vollziehung. Abs. 4 hat bloß deklaratorische Bedeutung, ein arg. a contr. ist unzulässig.

§ 814.

Einstweilige Verfügungen in Beziehung auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Mot. S. 456, 457. KPr. S. 434, 589.

1. Über den Begriff „einstweilige Verfügung" und deren Verhältnis zum Arrest s. Bem. Nr. 2 vor § 796. Wegen des früheren gem. Rechts vgl. Endemann CPr. S. 490. Partikularrechtliche Gebilde: hann. PrO. §§ 519 ff., bad. PrO. §§ 625 ff., württ. PrO. Art. 844 ff., bayer. PrO. Art. 607 ff. Vgl. a. C. de proc. art. 806 ff.

2. Voraussetzung der einstw. Verf. nach § 814 ist Gefährdung der dereinstigen Vollstreckung, jedoch nicht einer Geldforderung, sondern eines dinglichen oder obligatorischen Anspruchs auf Individualleistung. [Vgl. RG. 20. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1185, wo einstw. Verf. zur Sicherung der Rechte eines Hypothekengläubigers auf die Pertinenzen des Grundstücks zugelassen ist.] Der Ausdruck „Streitgegenstand" darf nicht dazu verleiten, die einstweilige Verfügung auf anhängige Sachen zu beschränken. Dieselbe ist auch zulässig, ohne daß die Hauptsache anhängig ist. Der nordd. Entw. § 733 sprach dies ausdrücklich aus. Im Gesetze ist es dadurch zum Ausdruck gebracht, daß § 815 die Vorschriften über das Arrestverfahren für anwendbar erklärt, ohne den § 806 auszunehmen.

58*

[Vgl. RG. 20. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 114 S. 405 f., Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 122, Merkel S. 224 f.] Wegen einer zweiten Gruppe einstweiliger Verfügungen s. § 819.

3. Einstweilige Verfügungen in Ehesachen: § 584; in Entmündigungssachen: §§ 613, 624, 626. Auf diese sind die §§ 815 ff. der CPrO. anwendbar. Nicht aber auf die einstweiligen Anordnungen der §§ 535, 647, 657, 668, 685, 688—690, 710, KO. §§ 98, 183 Abs. 2 [vgl. Peters Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 352 ff., Voß Arch. f. c. Pr. LXXI S. 227 ff.].

Unberührt bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstw. Verff. erlassen werden können (EG. § 16 Nr. 4), sowie landesgesetzliche Vorschriften, nach welchen Verwaltungsbehörden mit oder ohne Vorbehalt des Rechtswegs einstweilige Verfügungen erlassen dürfen.

§ 815.

Auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren finden die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und über das Arrestverfahren entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. § 796 Abs. 1 ist nicht anwendbar; § 796 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. — Die §§ 797, 798 sind durch §§ 814, 819, § 799 ist durch §§ 816, 820 ersetzt. — § 800 Abs. 1 ist nicht anwendbar; § 800 Abs. 2 und 3 findet entsprechende Anwendung, an Stelle des Arrestgrundes tritt die Veranlassung zur einstw. Verf. (§§ 814, 819). — § 801 Abs. 1 ist durch § 816 Abs. 2 ersetzt. Die §§ 801 Abs. 2 und 802 finden entsprechende Anwendung. — § 803 ist nicht anwendbar. — § 804 findet entsprechende Anwendung. — § 805 ist anwendbar mit Maßgabe des § 818. — § 806 findet entsprechende Anwendung. — § 807 findet entsprechende Anwendung mit Maßgabe des § 818. — Die §§ 808, 809 finden entsprechende Anwendung. Gemäß § 809 Abs. 2 darf die einstw. Verf. nicht mehr vollzogen werden, wenn die daselbst bezeichnete Frist abgelaufen ist. Die entsprechende Anwendung des § 809 Abs. 2 gestaltet sich bei einstw. Verfügungen, welche eine Verpflichtung zu einer Unterlassung oder zur Duldung einer Handlung gebieten, in der Weise, daß es zur Wahrung der Frist genügt, wenn die einstw. Verfügung dem Gegner innerhalb der zweiwöchigen Frist zugestellt wird. Auch bei einstw. Verfügungen, durch welche provisorisch die Zahlung von Alimenten oder eine andere sich wiederholende Leistung an den Imploranten angeordnet wird (s. Bem. Nr. 1 zu § 819), genügt zur Wahrung der Frist die Zustellung an den Schuldner; denn Vollstreckungsmaßregeln sind innerhalb der Frist gar nicht möglich, wenn der Schuldner zahlt, können aber wegen später verfallender Leistungen nötig werden [vgl. a. OLG., Hamburg SA. XLII Nr. 175]. Der Abs. 3 des § 809 findet im allgemeinen auf einstw. Verfügungen entsprechende Anwendung; diese ist aber nicht möglich bei einstw. Verfügungen auf Unterlassung oder Duldung, sowie bei einstw. Verfügungen auf Zahlung oder sonstige Leistung; hier muß es bei der Regel des § 671 Abs. 2 bleiben, wonach die Vollstreckung erst nach oder gleichzeitig mit der Zustellung beginnen darf. Auf die Vollziehung finden die §§ 769 bis 775 Anwendung. — § 810 ist nicht anwendbar. Die Vollziehung der einstweiligen Verfügung, welche nicht auf Zahlung geht, kann weder nach den Regeln der Pfändung geschehen, noch ein Pfand- oder Vorzugsrecht begründen. Geht aber die Anordnung auf Zahlung (s. Bem. Nr. 1 zu § 819), so vollzieht sich die Vollstreckung nach den allgemeinen Regeln und endiget nicht, wie die Arrestvollziehung, mit der Hinterlegung des Pfanderlöses,

sondern mit der Aushändigung desselben an den Gläubiger [vgl. RG. 30. März 1883 Entsch. IX Nr. 97 S. 335, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 530]. — § 811 findet insofern entsprechende Anwendung, als sich die Ausführung der Sequestration und die Wirkung des Verbots einer Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks nach den Landesgesetzen bestimmt. Vgl. preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 8, 16, 22, 70; preuß. AG. z. CPrO. §§ 18, 19; bayer. AG. z. CPrO. Art. 32, 171, Verordn. vom 20. Sept. 1879 Nr. II (G. u. VBl. S. 1251); württ. AG. z. CPrO. Art. 27 (dazu Gaupp III S. 499). — § 812 findet entsprechende Anwendung. — § 813 Abs. 1 ist nicht anwendbar, weil § 803 unanwendbar ist; die Abss. 2—4 des § 813 finden entsprechende Anwendung.

2. Die in Bem. Nr. 2 zu §§ 801, 802 entwickelten Sätze finden auf das Verhältnis des die einstw. Verf. betr. Prozesses zu dem Prozesse über die Hauptsache entsprechende Anwendung. Vgl. RG. 20. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 114 S. 404; gegen die Annahme des RG., daß die Verteidigung des Impetraten mit der Berufung auf ein vertragsmäßiges Recht in diesem Verfahren überhaupt nicht zu berücksichtigen sei, s. Bem. Nr. 2 litt. b zu §§ 801, 802.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 9, 35 Nr. 3 (i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881), GO. f. RA. §§ 20, 23, 29 Nr. 4, 30 Nr. 2, 36.

§ 816.

Für die Erlassung einstweiliger Verfügungen ist das Gericht der Hauptsache zuständig.

Die Entscheidung kann in dringenden Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. „Gericht der Hauptsache" s. § 821. Wegen der konkurrierenden Zuständigkeit des Amtsgerichts s. § 820.

2. Vorgängige mündliche Verhandlung soll hier die Regel sein. Auf dieselbe finden die in Bem. Nr. 1 Ziff. II zu § 801, 802 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. Wird ohne mündliche Verhandlung entschieden, so findet Bem. Nr. 1 Ziff. I zu §§ 801, 802 entsprechende Anwendung. — Jede einstw. Verf. ist sofort vollstreckbar; s. Bem. Nr. 1 Ziff. II litt. g zu §§ 801, 802 (S. 900).

§ 817.

Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.

Die einstweilige Verfügung kann auch in einer Sequestration sowie darin bestehen, daß dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt wird.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. Die Motive bemerken: „Die durch eine einstweilige Verfügung abzuwendende Gefahr kann so mannigfaltig sein, daß die Mittel zur Abwehr sich im voraus nicht bestimmen lassen. Sie können überall bis zu den äußersten Grenzen der Zwangsvollstreckung gehen; bewegliche und unbewegliche Sachen können in Verwahrung oder Verwaltung (Sequestration) genommen, dem Gegner können Handlungen geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt werden. Sind

zur Erhaltung des bestehenden Zustandes Handlungen oder Unterlassungen notwendig, so können zu deren Erzwingung die zulässigen Vollstreckungsmaßregeln angewandt werden. Ist zur Vornahme einer Handlung nur der Schuldner selbst im stande, so kann geeigneten Falles auch die Haft gegen ihn angeordnet werden."

2. Wegen Vollziehung und Wirkung einer einstw. Verf., durch welche die Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks untersagt wird, vgl. Bem. Nr. 1 zu § 815 und RG. 25. Jan. 1884 SA. XXXIX Nr. 192.

§ 818.

Nur unter besonderen Umständen kann die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung gestattet werden.

KPr. S. 434, 589.

Da die einstw. Verf. Sicherung einer Individualleistung oder Regelung des einstw. Zustandes bezweckt, so ist regelmäßig mit einer Sicherheit nichts genützt. Deswegen gilt der § 803 für einstw. Verff. nicht. Nur unter besonderen Umständen kann auf Antrag dessen, gegen welchen die Verf. sich richtet, die Aufhebung gegen eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheitsleistung (§ 807) gestattet werden. Die Entscheidung ist stets Endurteil; sie erfolgt durch das Gericht, welches die einstw. Verf. erlassen hat und wenn die Hauptsache anhängig ist, durch das Gericht der Hauptsache (§ 807 Abs. 2). Verfahren &c. s. Bem. Nr. 4 zu § 807.

§ 819.

Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

KPr. S. 434, 589.

1. § 819 betrifft eine zweite Gruppe von einstweiligen Verfügungen, die Provisorien. Während einstw. Verf. nach § 814 durch die Gefährdung der Vollstreckung bedingt und zum Zwecke der Sicherung der Vollstreckung zu erlassen sind, läßt § 819 einstw. Verf. zu zur Regelung eines provisorischen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis und überläßt die Beurteilung der Voraussetzungen zu solchen Maßregeln dem freiesten richterlichen Ermessen. Nur beispielsweise sind als genügende Voraussetzungen angeführt „bei dauernden Rechtsverhältnissen die Abwendung wesentlicher Nachteile" — und „die Verhinderung drohender Gewalt". — In den Verh. der nordd. Komm. (Prot. IV S. 1242) sind als Beispiele erwähnt: Regelung des Besitzstandes, der Alimentationspflicht, Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Gastwirt und Gast, Baustreitigkeiten. Durch einstw. Verf. kann die Auszahlung von Alimenten angeordnet werden [vgl. RG. 30. März 1883 Entsch. IX Nr. 97 S. 335, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 530, OLG. Braunschweig SA. XL Nr. 333]; wegen Vollstreckung derartiger Verf. s. Bem. Nr. 1 zu § 815. Einstw. Verf. während des Prozesses über actio negatoria s. RG. 7. Juni 1882 SA. XXXVIII Nr. 294. Einstw. Verfügungen in Eheprozessen s. § 584. Einstw. Verf. auf Leistung einer Abschlagszahlung an Schadensersatzforderung ist unzulässig [RG. 13. Nov. 1885 Entsch. XV Nr. 100 S. 377].

Durch § 819 ist das possessorium summarium s. summariissimum ersetzt. Die gemeinrechtlichen Regeln über die Voraussetzungen, unter denen jemand berechtigt ist, auf Besitzesschutz im poss. summ. zu klagen, insbesondere der Satz, daß den Besitzesschutz ver-

langen könne, wer die letzte ungestörte Besitzeshandlung vorgenommen, sind insofern beseitigt, als der Richter nach § 819 in der Beurteilung der Gründe, aus denen er eine einstw. Verf. gewähren will, unbeschränkte Freiheit hat. Wer die letzte ungestörte Besitzeshandlung vorgenommen, hat kein Recht darauf, daß der Besitzstand provisorisch zu seinen Gunsten geregelt werde; umgekehrt ist es möglich, daß jemand die Regelung des Besitzstandes durch einstw. Verf. zu seinen Gunsten erlangt, ohne den Nachweis der letzten ungestörten Besitzeshandlung geführt zu haben. Übrigens wird der Richter, auch ohne an jene Regeln gebunden zu sein, dieselben als erprobte Richtschnur seines Ermessens festhalten. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 1 Abs. 3, Gaupp III S. 501, RG. 20. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 114 S. 405; ebenso vom Standpunkt des preuß. R.: Eccius Förster pr. PrR. III § 162 N. 108. AM. Dernburg Pand. I § 187 und pr. PrR. I § 158.] Über Beseitigung der in l. 14 C. (ed. Krüger) de aed. priv. 8, 10 enthaltenen Bestimmungen s. Wendt Jahrb. f. Dogm. XXI S. 133.

Durch die einstw. Verf. wird weder der Entscheidung der Hauptsache vorgegriffen, noch an dem Rechte der Parteien unter sich oder bezüglich der Parteirollen etwas geändert (Mot. S. 457).

2. Für das Verfahren bei Gesuchen um einstw. Verf. nach § 819 und die Vollziehung gelten die §§ 815—818. Der Gesuchsteller hat glaubhaft zu machen, daß die Regelung des einstweiligen Zustandes zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

§ 820.

In dringenden Fällen kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich der Streitgegenstand befindet, eine einstweilige Verfügung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist hat das Amtsgericht auf Antrag die erlassene Verfügung aufzuheben.

Die in diesem Paragraphen erwähnten Entscheidungen des Amtsgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. Die regelmäßige Zuständigkeit zur Erlassung einer einstw. Verf. kommt dem Gericht der Hauptsache zu (§ 816). Nur in dringenden Fällen kann das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, mit einstw. Verf. eingreifen. Solches Eingreifen soll aber nur erfolgen, um den status quo aufrecht zu erhalten, bis von dem Gerichte der Hauptsache Verfügung erlassen werden kann. Ob der Hauptprozeß anhängig ist oder nicht, ist für die Möglichkeit dieses Eingreifens gleich.

2. Gericht der Hauptsache — s. § 821. Die Frist zur Ladung kann als richterliche durch Vereinbarung und auf Antrag verlängert und abgekürzt werden (§ 202). Sie wird durch die Gerichtsferien nicht unterbrochen. Ladungsfrist: § 194. Für Wahrung der Frist kommt § 190 in Betracht. Die Frist muß bestimmt werden, wenn nicht der Gegner darauf verzichtet. Wurde die Bestimmung der Frist unterlassen, so ist die einstw. Verf. deswegen nicht ungültig [vgl. RG. 20. Sept. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1142]; der Gegner kann die Ergänzung des Beschlusses herbeiführen oder auch seinerseits den Imploranten zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verf. vor das Gericht der

Hauptsache laden. Diese Befugnis steht dem Imploraten auch zu, wenn die Frist bestimmt ist; der Implorant braucht nicht zur Wahrung der Frist nochmals den Gegner zu laden, wenn er bereits von diesem geladen ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, A. Förster N. 2, Wach I S. 275 N. 17.]

3. Hat der Implorant die ihm vorgesetzte Frist nicht gewahrt, so kann der Gegner die Aufhebung der einstw. Verf. verlangen. Solange der Antrag nicht gestellt ist, kann die Ladung noch nachgeholt werden (arg. § 209 Abs. 2). Zur Aufhebung ist nur das Amtsgericht zuständig, welches die einstw. Verf. erlassen hat.

4. Das Verfahren bezüglich des Antrags auf einstw. Verf. oder auf deren Aufhebung geht nach in Bem. Nr. 6 zu § 119 (S. 161 ff.) entwickelten Regeln. Die Entscheidung ist, auch wenn mündliche Verhandlung angeordnet wurde, nicht Urteil, sondern Beschluß; eine mündliche Verhandlung im Sinne des § 802 Abs. 1 mit einem durch Berufung anfechtbaren Urteil über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verf. paßt nicht zu dem obligatorischen Justifikationsverfahren vor dem Gericht der Hauptsache. [Vgl. Wilm. Levy N. 3, Gaupp III S. 502, A. Förster N. 3, RG. 28. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 79 S. 324. AM. Struckm. Koch N. 1.] Wird das Gesuch um einstw. Verf. oder um deren Aufhebung abgelehnt, so findet einfache Beschwerde statt. Gegen den Beschluß, welcher die einstw. Verf. erläßt, findet weder Beschwerde noch Widerspruch (§ 804) statt, weil das Justifikationsverfahren vor dem Gericht der Hauptsache nachfolgt. Gegen den Aufhebungsbeschluß ist kein Rechtsmittel vorgesehen; § 701 greift nicht ein, weil es sich nicht um Vollziehung handelt; die Analogie des § 813 Abs. 4 paßt aus dem gleichen Grunde nicht. [Vgl. Merkel S. 240. AM. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 5.] — Die Aufhebung einer nach § 820 erlassenen einstw. Verf. wegen veränderter Umstände (§ 807) ist bei dem Gericht der Hauptsache zu beantragen [vgl. Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 524].

5. Für das Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verf. vor dem Gericht der Hauptsache gelten die in Bem. Nr. 1 Ziff. II zu §§ 801, 802 (S. 899 f.) entwickelten Regeln. Gebühren des Rechtsanwalts: 5/10 [RG. Entsch. VIII Nr. 93 S. 338].

§ 821.

Als Gericht der Hauptsache im Sinne der Bestimmungen dieses Abschnitts ist das Gericht erster Instanz und, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsgericht anzusehen.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. Über den Begriff „Hauptsache" s. Bem. Nr. 1 zu § 806.

Ist die Hauptsache durch Erhebung der Klage oder Zustellung des Zahlungsbefehls anhängig geworden und die Rechtshängigkeit noch nicht beendigt, so ist „Gericht der Hauptsache" im Sinne der §§ 799, 807 Abs. 2, 816 Abs. 2, 820 das Gericht, bei welchem die Sache anhängig ist, wenn dies aber das Revisionsgericht wäre, das Gericht erster Instanz. Entscheidend ist die Anhängigkeit z. Z. der Einreichung des Gesuchs [vgl. RG. 2. Mai 1882 Entsch. VI Nr. 129 S. 414].

Ist die Hauptsache nicht anhängig, so ist „Gericht der Hauptsache" das Gericht, bei welchem die Hauptsache nach den Regeln über sachliche Zuständigkeit und Gerichtsstand anhängig gemacht werden kann. Das Gericht kann durch Vereinbarung bestimmt sein. Unter mehreren Gerichten hat der Gläubiger die Wahl. Ist aber eines der mehreren Gerichte der Hauptsache durch einen Antrag auf Arrest bzw. einstw. Verf. mit der Sache befaßt, so steht nach Analogie des § 235 Nr. 1 die Einrede der Rechtshängigkeit zu, wenn bei einem anderen Gerichte derselbe Antrag auf Arrest oder einstw. Verf. angebracht wird. Aber durch

einen solchen Antrag ist die Hauptsache nicht anhängig geworden. Daher ist keine Partei gehindert, die Hauptsache bei einem anderen Gerichte anhängig zu machen. Vgl. RG. 1. Apr. 1885 Entsch. XIII Nr. 94 S. 362, wo zunächst ausgesprochen ist, daß die Anbringung des Arrestgesuchs bei einem Gerichte der Hauptsache den Imploraten nicht hindert, bei einem anderen Gericht Feststellungsklage zu erheben. Das Gleiche muß aber auch für den Imploranten gelten; denn es gibt keine einseitige Einrede der Rechtshängigkeit. Freilich entzieht der Implorant dem Gericht, welches als Gericht der Hauptsache Arrestbefehl oder einstw. Verf. erlassen hat, hintendrein die Eigenschaft als Gericht der Hauptsache für das den Arrest oder die einstw. Verf. betr. Verfahren; aber das kann nicht zur Abweisung der Klage in der Hauptsache führen.

2. Die Hauptsache kann bei einem Schiedsgericht anhängig, es kann für die Hauptsache ein Schiedsgericht zuständig sein. Das Schiedsgericht ist nicht zur Erlassung von Arrest oder einstw. Verf. zuständig; denn sowohl Arrest wie einstweilige Verfügung ist Anordnung antizipierter Zwangsvollstreckung, das Schiedsgericht kann aber überhaupt keine Zwangsvollstreckung anordnen. Dadurch, daß ein Schiedsgericht für die Hauptsache zuständig ist, wird Arrest und einstw. Verf. seitens des staatlichen Gerichts nicht ausgeschlossen, weil der Schiedsvertrag auf die Zwangsvollstreckung sich nicht bezieht [vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXI S. 310 N. 64, ROHG. Entsch. XIX S. 144]. Als Gericht der Hauptsache im Sinne der §§ 799, 816, 820 kommt also nicht das Schiedsgericht, sondern nur das staatliche Gericht, welches ohne Schiedsvertrag zuständig wäre, in Betracht. Im Falle des § 807 aber kommt die Anhängigkeit der Hauptsache beim Schiedsgericht nicht in Betracht und ist daher nur das Arrestgericht zuständig.

§ 822.

In dringenden Fällen kann der Vorsitzende über die in diesem Abschnitt erwähnten Gesuche, sofern deren Erledigung eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordert, anstatt des Gerichts entscheiden.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. Die Gesuche, deren Erledigung eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordert, s. §§ 800—802, 806 Abs. 1, 813 Abs. 3, 815, 816 Abs. 2. Ist eine mündliche Verhandlung vom Gericht nicht angeordnet, erachtet der Vorsitzende den Fall in dem Maße dringend, daß die Entscheidung durch das Gericht nicht ohne Gefährdung der Parteiinteressen eingeholt werden kann, ist ferner der Vorsitzende der Ansicht, daß der konkrete Fall mündliche Verhandlung nicht erheische — dann kann er über die bezeichneten Gesuche anstatt des Gerichts — also unter der Voraussetzung der Zuständigkeit des Gerichts — entscheiden. Es ist nicht nötig, daß die Partei die Entscheidung des Vorsitzenden verlangt. Unter dem Vorsitzenden ist der Vorsitzende der Kammer oder des Senats zu verstehen. Für die an ein Amtsgericht gerichteten Gesuche ist § 822 ohne Bedeutung.

2. Die Entscheidung ist Verfügung. Gegen die Entscheidung steht derjenige Rechtsbehelf zu, welcher gegen den entsprechenden Beschluß des Gerichts zustehen würde. Also z. B. gegen die Anordnung eines Arrestes oder gegen die Erlassung einer einstw. Verfügung Widerspruch nach § 804 ꝛc.

Neuntes Buch.

Aufgebotsverfahren.

1. Die Motive bemerken: „Das Institut der öffentlichen gerichtlichen Aufforderung an unbestimmte Gegner oder unbekannte Beteiligte zur Anmeldung von Ansprüchen und Rechten mit präklusivischer Folge (Aufgebot) ist — gemeinrechtlich nur für einzelne Fälle anerkannt (Wetzell § 14 bei N. 6 ff. 3. Aufl. S. 99 ff. und § 67 bei N. 103 ff. S. 913 ff.) — durch die Partikulargesetzgebungen zu ausgedehnter Entwickelung gelangt. Dasselbe gehört vorzugsweise dem materiellen Rechte an. Das bürgerliche Recht entscheidet die wichtigen Fragen, in welchen Fällen ein Aufgebot überhaupt zulässig sei, unter welchen Voraussetzungen es stattfinden könne, wer zu seiner Ausbringung legitimiert sei, worauf die Präklusion sich zu erstrecken habe, welche Anmeldungen neben oder der Präklusion entgegenstehen*) und wie die letztere wirkt. Dem Prozeßrechte fällt lediglich die formelle Regelung des Verfahrens zu, namentlich die Bestimmung über die Art der öffentlichen Bekanntmachung, die Erlassung und Anfechtung des Präklusionsurteils, auch die Gerichtszuständigkeit, insoweit nicht diese bei einer großen Zahl von Aufgeboten durch deren materiellen Inhalt von vornherein gegeben ist.

Dem entsprechend hat die CPrO. ein Aufgebotsverfahren nur in den durch besondere Gesetze (Reichs- oder Landesgesetze) bestimmten Fällen für statthaft erklärt (§ 823 Abs. 1). Wo dasselbe nach bestehenden Rechtsnormen nicht zulässig ist, wird es durch die Prozeßordnung nicht eingeführt. Dagegen kann die Civilgesetzgebung sowohl des Reichs als der einzelnen Staaten den bestehenden Kreis der Aufgebote durch Hinzufügung neuer Fälle unbeschränkt erweitern."

Von dem Grundsatze, daß die CPrO. die Voraussetzungen, den Umfang, den Inhalt und die Wirkung des Aufgebots nicht zu bestimmen habe, ist rücksichtlich der Amortisation der Wechsel und der im HGB. Art. 301 und 302 bezeichneten Urkunden abgewichen (§ 837). Für diese Urkunden hatte die Reichsgesetzgebung bereits die einheitliche Grundlage geschaffen, dieselben sind durch WO. Art. 73 und HGB. Art. 305 für amortisierbar erklärt. Auf diesem Fundamente konnte fortgebaut werden. Es sind demnach für die bezeichneten Urkunden allgemein gültige und zwingende Vorschriften sowohl über die Bedingungen der Einleitung und über die materiellen Grundlagen der Amortisation (§§ 838, 840, 841, 843 Abs. 2, 844, 845) als auch über die Wirkungen des Verfahrens (§§ 848, 850) gegeben worden. Diese Bestimmungen sind dann in § 849 für die dort bezeichneten Urkunden als Minimalerfordernisse aufgestellt.

Als die Aufgabe der CPrO. bezeichnen die Motive die Herstellung der formellen Prozedur. Sie bemerken:

„Das Gesetz hat nur einen gemeinsamen Rahmen für die Prozedur bei allen, überhaupt hierher zu ziehenden Aufgebotsfällen zu schaffen versucht.

*) Soll wohl heißen: welche Anmeldungen neben der Präklusion bestehen, d. i. sie nicht hindern, und welche ihr entgegenstehen.

Unter die gegebenen Vorschriften (§§ 824—836) soll prinzipiell jede Art eines im § 823 Abs. 1 begriffenen Aufgebotsverfahrens fallen und sonach einer prozessualischen Behandlung unterliegen, gleichviel ob dasselbe bislang in den einzelnen Rechtsgebieten der streitigen oder nicht streitigen Gerichtsbarkeit oder der Rechtspolizei angehörte. Dies gilt insbesondere auch für Todes- bzw. Verschollenheitserklärungen, sowie für alle Arten der Urkundenamortisation, für welche letztere nur noch einzelne spezielle Prozedurvorschriften (§§ 842—848) nötig waren.

Nach der im § 823 Abs. 1 gegebenen Begriffsbestimmung des „Aufgebots" werden durch das Gesetz nicht betroffen:

1) alle nicht von den Gerichten zu erlassenden Aufgebote. Dahin gehören beispielsweise die von Verwaltungsbehörden im Bereiche der Bundes-Gewerbeordnung, die von den Strandämtern (vgl. Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 §§ 26 ff.), die von den Gemeinderäten als Pfandgerichten und den Notaren in Erbteilungsverhandlungen (Baden) erlassenen Aufforderungen u. a.;
2) alle Aufgebote, welche Teile eines andern, besonders geregelten gerichtlichen Verfahrens, wie des Konkurs-, des erbschaftlichen Liquidations- oder des Subhastationsverfahrens sind;
3) alle Aufgebote, bei denen es sich nicht um unmittelbare oder mittelbare präklusivische Nachteile (zu denen ebensowohl Rechtsverluste als Erschwerungen der Rechtsverfolgung zu zählen sind), sondern lediglich um Herstellung einer Thatsache oder eines faktischen Zustandes oder um Verhütung des faktischen Existentwerdens nichtiger Rechtsverhältnisse handelt.

Aber auch innerhalb der gezogenen Grenze ist eine gemeinsame Regelung der Prozedur mit Schwierigkeiten verknüpft. Es ist nicht zu verkennen, daß für manche der bestehenden Aufgebote die Bestimmungen der §§ 824—836 nicht passen, weil dabei ein eigentliches Ausschlußurteil nicht in Frage kommt (vgl. z. B. preuß. Ges. v. 12. März 1869 § 4 über Erbbescheinigungen), bei anderen das bisherige Verfahren so integrierend mit dem Rechtsinstitute selbst, zu dessen Schutze es gegeben, zusammenhängt, daß eine Trennung dieses Zusammenhangs das bestehende bürgerliche Landesrecht alterieren würde (z. B. bei vielen Aufgeboten im Gebiete des Hypothekenrechts und dem in Bremen beim Verkaufe von Immobilien eintretenden Proklamationsverfahren).

Unter Festhaltung eines prinzipiell einheitlichen Verfahrens für alle Aufgebote hat das Gesetz den beregten Schwierigkeiten Rechnung getragen durch den Vorbehalt im § 11 des EG. Danach kann die Landesgesetzgebung die Bestimmungen des Gesetzes ausschließen oder ganz oder teilweise durch andere Vorschriften ersetzen; entzogen sind ihr jedoch:

a) die im § 837 Abs. 1 gedachten Urkundenamortisationen (vgl. a. § 849),
b) alle durch ein bestehendes oder künftig ergehendes Reichsgesetz statuierten Aufgebotsfälle."

2. Reichsgesetzliche Aufgebotsfälle (außer der Amortisation der in § 837 bezeichneten Urkunden) enthalten: BG. v. 9. Nov. 1867 § 6 (BGBl. S. 157), BG. v. 26. April 1871 (BGBl. S. 91); RG. v. 12. Mai 1873 (RGBl. S. 91); Reichsbankstatut vom 21. Mai 1875 § 8 (RGBl. S. 203).

Übersicht von Landesgesetzen über Aufgebote:

Aufgebot zum Zwecke der Amortisation von Urkunden: preuß. AG. v. 24. März 1879 § 20; bayer. AG. v. 23. Febr. 1879 Art. 69; sächs. AG. v. 4. März 1879 § 18 u sächs. Ges. v. 6. März 1879 §§ 1—29, 33—36; württ. AG. v. 18. Aug. 1879 Art. 20 (vgl. a. die württ. Gesetze betr. die Kraftloserklärung von Urkunden und betr. die auf den Inhaber lautenden Staatsschuldscheine, beide v. 18. Aug. 1879); bad. EG. v. 3. März 1879 §§ 105—112; hess. AG. v. 4. Juni 1879 Art. 10—21; mecklenb.-schwer. u. strel. Ausf.-Verordn v. 21. Mai 1879 §§ 21 Nr. 3, 23—27; sachs.-weim.-eis. AG. v. 10. Mai 1879 §§ 9, 10, 12; braunschw. AG. v. 1. April 1879 § 7 Nr. 5, 10, 11; sachs.-altenb. AG. v. 25. März 1879 §§ 24, 25; sachs.-cob.-G. AG. v. 7. April 1879 § 14; sachs.-mein. AG. v. 6. Juni 1879 §§ 14, 15; reuß ä. L. AG. v. 3. Mai 1879 §§ 62—69; reuß. j. L. AG. v. 22. Febr. 1879 §§ 14—17; schwarzb.-rud. AG. v. 1. Mai 1879 §§ 13, 14; lipp. AG. v. 26. Juni 1879 § 16; schaumb.-l. AG. v. 30. Juni 1879 §§ 60 Nr. 4, 61, 64; brem. AG. v. 25. Juni 1879 §§ 5—16; hamb. AG. v. 14. Juli 1879 § 20; els.-lothr. AG. v. 8. Juli 1879 §§ 25—29.

Aufgebot zum Zwecke der Löschung von Hypotheken- und Grundschuldforderungen: preuß. AG. v. 24. März 1879 §§ 21, 25, 26; bayer. Hyp.-Ges. v. 1822 § 82 in der Fass. der Ausf. z. RCPrO. v. 23. Febr. 1879 Art. 123 Nr. 3; mecklenb.-schwer. u. strel. Ausf.-Verordn. v. 21. Mai 1879 § 21 Nr. 4; braunschw. AG. v. 1. April 1879 § 7 Nr. 6, 7; sachs.-cob.-G. AG. v. 7. April 1879 § 15; reuß. j. L. AG. v. 22. Febr. 1879

§ 18; schwarzb.-rud. AG. v. 1. Mai 1879 § 15; lipp AG. v. 26. Juni 1879 § 17; schaumb.-l. AG. v. 30. Juni 1879 §§ 60 Nr. 5, 6, 61, 64.

Aufgebot im Verteilungsverfahren bei Immobiliarexekution: preuß. Ges. v. 13. Juli 1883, betr. die Zwangsvollstr. i. d. unbewegl. Vermögen (Subhastationsordnung) §§ 132—137.

Aufgebot bei Liegenschaften: bayer. AG. v. 23. Febr. 1879 Art. 158—160; bad. EG. v. 3. März 1879 §§ 99—104; hess. AG. v. 4. Juni 1879 Art. 9; braunschw. AG v. 1. April 1879 § 7 Nr. 1.

Aufgebot zum Zwecke der Todeserklärung: preuß. Ges. v. 24. März 1879 §§ 22, 24—27; bayer. AG. v. 23. Febr. 1879 Art. 71—74, 103—122; hess. AG. v. 4. Juni 1879 Art. 8; mecklenb.-schwer. u strel. Ausf.-Verordn. v. 21. Mai 1879 § 28; braunschw. AG. v. 1. April 1879 § 8; sachs.-alt. Ges. v. 25. März 1879 § 24; schwarzb.-sond. AG. v. 17. Mai 1879 §§ 12, 13; lipp. AG. v. 26. Juni 1879 § 18; schaumb.-l. AG. v. 30. Juni 1879 §§ 62—64; hamb. AG. v. 14. Juli 1879 § 23.

Aufgebot einer gefundenen Sache oder eines Schatzes: preuß. Ges. v. 24. März 1879 §§ 23, 25, 26; braunschw. AG. v 1. April 1879 § 9.

Aufgebot der bei einer Hinterlegung Beteiligten: preuß. Hinterlegungsordnung v. 14. März 1879 §§ 58 ff.

Aufgebot der Nachlaßgläubiger: preuß. Ges. v. 28. März 1879; mecklenb.-schwer. u. strel. Ausf.-Verordn. v. 21. Mai 1879 § 22; braunschw. AG. v. 1. April 1879 § 7 Nr. 4; schaumb.-l. AG. v. 30. Juni 1879 § 60 Nr. 5; lüb. AG. v. 3. Febr. 1879 Art. 5.

Der Entwurf e. d. GB. enthält Bestimmungen über Aufgebot bei Todeserklärungen §§ 5—24, bei Schuldverschreibungen auf Inhaber §§ 693—696, zum Zwecke der Ausschließung des bisherigen Eigentümers an Grundstücken §§ 873 u. 950, zum Zwecke der Ausschließung des unbekannten Hypothekgläubigers §§ 1103—1105, zum Zwecke der Kraftloserklärung eines Hypothekenbriefs §§ 1123 u. 1124, ferner über Aufgebot der Nachlaßgläubiger §§ 2120—2132, vgl. a. §§ 1838, 2064.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. § 44, in der Fassung des RG. v. 19. Juni 1881, GO. f. RA. § 40.

4. Litteratur: Hellmann Lehrb. S. 914 ff., Mandry der civilrechtl. Inhalt 2c. 3. Aufl. S. 176 ff., 268, Eccius Förster pr. PrR. I § 58b, Fischer pr. PrR. S. 692 ff., Fürst d. Aufgebotsverf. d. CPrO. in s. Anwendung auf das Gebiet der AGO. (1880), Neumann d. Aufgebot v. Hypothekenposten und Dokumenten im Geltungsbereich d. AGO. (1880), Wandersleben Aufgebotsverfahren in Theorie und Praxis f. d. Geltungsgebiet des pr. ALR. (1881, 2. Aufl. 1884), Daube das Aufgebotsverfahren nach preuß. R. (1881); Römheld Arch. f. pr. RW. 3. F. II S. 346 ff. (zunächst hess. Recht), Stritt Bad. Ann. XLVII S. 185 ff. (zunächst bad. Recht), Bunsen Meckl. Ztschr. I S. 277 ff., II S. 51 ff., 204 ff., auch Sep.-Abdr. 1882 (zunächst mecklenb. Recht). Vgl. a. Wach I S. 54 u. S. 63, welcher das Aufgebotsverfahren der nichtstreitigen Rechtspflege zuweist.

§ 823.

Eine öffentliche gerichtliche Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen oder Rechten findet mit der Wirkung, daß die Unterlassung der Anmeldung einen Rechtsnachteil zur Folge hat, nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen statt.

Für das Aufgebotsverfahren ist das durch das Gesetz bestimmte Gericht zuständig.

Mot. S. 458—460. KPr. S. 434, 435, 589.

1. Zu Abs. 1. Vgl. Bem. Nr. 1 vor § 823 (S. 922). Auf Grund eines Vertrags kann kein Aufgebot stattfinden (nordd. Prot. V S. 2241).

2. Zu Abs. 2. Das GVG. § 23 Nr. 2 spricht die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte aus. Nach EG. z. GVG. § 3 Abs. 3 vgl. mit EG. z. CPrO. § 11 können landesgesetzliche Aufgebotsfälle durch Landesgesetz den Land- oder höheren Gerichten zugewiesen werden. Die örtliche Zuständigkeit ist nur für die Amortisation der in § 837 bezeichneten Urkunden durch § 839 bestimmt; im übrigen ist dieselbe nach den Spezialgesetzen zu beurteilen.

§ 824.

Der Antrag kann schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers gestellt werden. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ist der Antrag zulässig, so hat das Gericht das Aufgebot zu erlassen. In dasselbe ist insbesondere aufzunehmen:

1) die Bezeichnung des Antragstellers;
2) die Aufforderung, die Ansprüche und Rechte spätestens im Aufgebotstermine anzumelden;
3) die Bezeichnung der Rechtsnachteile, welche eintreten, wenn die Anmeldung unterbleibt;
4) die Bestimmung eines Aufgebotstermins.

Mot. S. 460, 461. KPr. S. 435, 589.

1. Ein Antrag ist Voraussetzung des Aufgebotsverfahrens der CPrO. Wer antragsberechtigt ist, bestimmt das maßgebende Reichs- oder Landesgesetz (vgl. § 838). Abgesehen von § 840 bestimmt die CPrO. auch nichts über den Inhalt des Antrags. Anwaltszwang besteht nicht (arg. § 74 Abs. 2), kann aber landesgesetzlich für die nicht durch Reichsgesetz geregelten Aufgebotsfälle angeordnet werden, falls das Landesgesetz Land- oder höhere Gerichte für zuständig und die Stellung des Antrags zum Protokoll des Gerichtsschreibers für unzulässig erklärt.

2. Die Zulässigkeit des Antrags auf Erlassung des Aufgebots ist von Amtswegen zu prüfen. Wegen des Verfahrens vgl. Bem. Nr. 6 zu § 119. Das Gericht kann den Antragsteller zur besseren Begründung oder Ergänzung seines Antrags auffordern und schriftlich oder mündlich vernehmen. Die Entscheidung ist Beschluß. Die abweisende Entscheidung ist dem Antragsteller von Amtswegen zuzustellen (§ 294); Beschwerde nach § 530.

3. Für den Inhalt des Aufgebots sind nach den Motiven (S. 461) „die konkreten Verhältnisse bzw. das Interesse des Provokanten im einzelnen Fall maßgebend. Der Abs. 2 des § 824 führt deshalb nur diejenigen Requisite auf, welche niemals werden fehlen dürfen. Die Androhung bestimmter Rechtsnachteile (Nr. 3) hat hier eine andere Bedeutung als bei der Ladung im ordentlichen Prozeßverfahren (§ 209). Während sie bei dieser nur den Inhalt des Gesetzes wiederholen würde, enthält sie hier eine Begrenzung des Zulassungsbeschlusses und ist deshalb für das diesen Beschluß darstellende Aufgebot unerläßlich. Weicht der Beschluß in diesem Punkte von dem Antrage ab, so wird ohne Zustimmung des Antragstellers das Aufgebot nicht erlassen werden können, da das beschränktere Aufgebot etwas anderes ist als das beantragte. Ebendeshalb kann aber auch die Aufnahme des Antrags selbst in das Proklama entbehrt werden, weil sich der Inhalt desselben in der Androhung wiederfindet.“

§ 825.

Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel und durch Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger, außerdem aber, sofern nicht das Gesetz für den betreffenden Fall eine abweichende Anordnung getroffen hat, nach den im § 187 für Ladungen gegebenen Vorschriften.

Mot. S. 461, 462. KPr. S. 435, 589.

1. Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt von Amtswegen, sobald die Zulässigkeit des Aufgebots beschlossen ist. Die Ausführung liegt dem Gerichtsschreiber ob.

2. Die Anheftung des ganzen Aufgebots an die Gerichtstafel und die Einrückung desselben in den Reichsanzeiger sind obligatorisch. Der übrige Teil des § 825 gilt nur subsidiär. — Besondere Vorschriften enthält § 842 für die in § 837 bezeichneten Urkunden.

3. Die in Spezialgesetzen etwa gebotene besondere Mitteilung des Aufgebots an bekannte Interessenten (z. B. preuß. Grundb.-Ordn. v. 5. Mai 1872 § 105) wird durch die CPrO. nicht betroffen. Mot. S. 461. [Vgl. Daube a. a. O. S. 23.]

§ 826.

Auf die Gültigkeit der öffentlichen Bekanntmachung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt ist oder wenn im Falle wiederholter Bekanntmachung die vorgeschriebenen Zwischenfristen nicht eingehalten sind.

Mot. S. 461, 462. KPr. S. 435, 436, 589.

Vgl. § 189 Abs. 3. — Auf die Anmeldefrist des § 827 bezieht sich der Schlußsatz des § 826 nicht (KPr. S. 436), ebensowenig auf die Fristen der §§ 843—847.

§ 827.

Zwischen dem Tage, an welchem die Einrückung oder die erste Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermine muß, sofern das Gesetz nicht eine abweichende Anordnung enthält, ein Zeitraum von mindestens sechs Wochen liegen.

Mot. S. 462. KPr. S. 436, 589.

Das Spezialgesetz kann eine längere oder kürzere Frist als sechs Wochen bestimmen.

§ 828.

Eine Anmeldung, welche nach dem Schlusse des Aufgebotstermins, jedoch vor Erlassung des Ausschlußurteils erfolgt, ist als eine rechtzeitige anzusehen.

Mot. S. 462. KPr. S. 436, 589.

1. Die Anmeldung muß bei dem Aufgebotsgericht, sie kann schriftlich oder, wenn das Aufgebotsgericht ein Amtsgericht ist, zum Protokoll des Gerichtsschreibers, im Aufgebotstermine selbst auch mündlich angebracht werden; letzteren Falls ist sie in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen.

2. Solange das Ausschlußurteil noch nicht verkündet ist (cf. § 829 Abs. 1), ist die Anmeldung nicht verspätet (vgl. § 209 Abs. 2).

§ 829.

Das Ausschlußurteil ist in öffentlicher Sitzung auf Antrag zu erlassen.

Vor Erlassung des Urteils kann eine nähere Ermittelung, insbesondere die eidliche Versicherung der Wahrheit einer Behauptung des Antragstellers angeordnet werden.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Ausschlußurteils zurückgewiesen wird, sowie gegen Beschränkungen und Vorbehalte, welche dem Ausschlußurteile beigefügt sind, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 462, 463. KPr. S. 436, 589.

1. Die Motive bemerken: „Das Verfahren im Aufgebotstermine richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen und endet, wenn der Ausschluß nicht angemeldeter Ansprüche

erfolgt, durch Urteil. Zur Vorbereitung für die zu erlassende Entscheidung sind Zwischenbescheide auf Beweis resp. neue Ermittelungen nicht ausgeschlossen. Sie können sowohl die Formularien des Verfahrens als die materiellen Voraussetzungen desselben betreffen. Doch fällt die Frage, welche Beweise für diese letzteren zu erfordern sind, ebenso wie die Bestimmung der Voraussetzungen selbst den Spezialgesetzen anheim. Mit Rücksicht auf die dem Gesetz zu Grunde liegende Beweistheorie konnte es sich nicht empfehlen, für alle Fälle eidliche Versicherungen des Antragstellers vorzuschreiben oder für genügend zu erklären; es reichte aus, die Befugnis, eidliche Bekräftigung einer jeden Behauptung des Antragstellers zu fordern, dem Gerichte zu wahren (vgl. preuß. Entw. § 1295 und Motive S. 305, nordd. Prot. V S. 2243, 2244)."

Die Verhandlung im Aufgebotstermin ist eine mündliche; für dieselbe gelten die Vorschriften der §§ 127—135, 139 (141), 140—150 der CPrO. und der §§ 170, 173—193 des GVG. Der Antrag auf Ausschlußurteil muß in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Ist das Amtsgericht zuständig, so besteht kein Anwaltszwang. Soweit durch Landesgesetze die Zuständigkeit den Land- oder höheren Gerichten übertragen ist, ergiebt sich aus § 74 der Anwaltszwang, es wäre denn gemäß EG. z. CPrO. § 11 durch Landesgesetz eine abweichende Bestimmung getroffen. Die Protokollierung des Antrags erfolgt in dem zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Aufgebotsverfahren nach § 470; in den vor die Landgerichte gehörigen Fällen gilt § 269. Ob ein Rechtsnachfolger desjenigen, welcher das Aufgebot beantragt hat, das Ausschlußurteil beantragen kann, richtet sich nach den Spezialgesetzen; ein prozessualisches Hindernis besteht nicht.

2. Das Gericht hat zunächst von Amtswegen zu prüfen, ob es zuständig ist, sowie ob die formellen und materiellen Voraussetzungen vorliegen, welche nach den maßgebenden Spezialgesetzen für die Erlassung eines Ausschlußurteils erforderlich sind. [So auch Daube a. a. O. S. 27.] Dazu gehört insbesondere die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens, die Legitimation des Antragstellers und die Ordnungsmäßigkeit des Aufgebots einschließlich der Bekanntmachung desselben. Die ersteren Punkte waren allerdings schon Gegenstand der Kognition bei der Erlassung des Aufgebots; allein das Gericht ist durch die frühere Entscheidung nicht gebunden. Das Gericht hat ferner die eingegangenen Anmeldungen von Amtswegen zu prüfen, auch wenn der Anmeldende nicht im Termin erschienen ist. Näheres über die Hinderung des Ausschlußurteils durch Anmeldungen s. Bem. Nr. 1 zu § 830.

Die Entscheidung kann, abgesehen von den in Bem. Nr. 1 Abs. 1 erwähnten stets in Beschlußform zu erlassenden Zwischenbescheiden, lauten: a) auf Zurückweisung des Antrags. Diese Entscheidung ist Beschluß. Derselbe ist nach § 294 zu verkünden. Dagegen findet sofortige Beschwerde statt; deren Frist beginnt nach § 540 mit der Verkündung. Natürlich kann der Antragsteller ohne Beschwerdeführung ein neues Verfahren beantragen [vgl. Daube a. a. O. S. 29]. b) Auf Erlassung des Ausschlußurteils. Für das Ausschlußurteil gelten die Vorschriften der §§ 280—286. Die Wirkung bemißt sich nach den Spezialgesetzen. Wegen der Bekanntmachung s. § 833. Wegen der Anfechtung s. § 834. c) Auf teilweise Zurückweisung des Antrags, woraus sich die Möglichkeit eines beschränkten oder mit Vorbehalten versehenen Ausschlußurteils ergiebt. Soweit die Zurückweisung direkt oder durch Erlassung eines beschränkten Ausschlußurteils erfolgt, findet wieder sofortige Beschwerde statt.

In jedem Fall einer Endentscheidung ist auch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Ist kein Gegner des Antragstellers aufgetreten, so fallen dem Antragsteller alle Kosten zur Last. Ist ein Gegner aufgetreten, so greifen die Vorschriften der §§ 87 ff. ein. (Mot. S. 470.) [Vgl. auch Daube a. a. O. S. 41.]

3. Wegen der Gebühren s. Bem. Nr. 3 vor § 823.

§ 830.

Erfolgt eine Anmeldung, durch welche das von dem Antragsteller zur Begründung des Antrags behauptete Recht bestritten wird, so ist nach Beschaffenheit des Falles entweder das Aufgebotsverfahren bis zur endgültigen Entscheidung über das angemeldete Recht auszusetzen, oder in dem Ausschlußurteil das angemeldete Recht vorzubehalten.

Mot. S. 463, 464. KPr. S. 436, 589.

1. Aus den Motiven: „Die Ansprüche, zu deren Anmeldung das Aufgebot auffordert, können der Art sein, daß sie weder die Befugnis des Antragstellers, das Aufgebot zu beantragen, noch das von ihm behauptete Recht, welches durch das Aufgebot gegen Angriffe geschützt werden soll, in Frage stellen; solche Anmeldungen haben nur zur Folge, daß die Ansprüche von dem im übrigen auszusprechenden Eintritt der mit Recht angedrohten Rechtsnachteile auszunehmen sind, wie dies regelmäßig der Fall sein wird, wenn Rechte angemeldet werden, die nicht soweit reichen, als das von dem Antragsteller verfolgte Recht (z. B. bei dem Aufgebote eines Grundstücks werden iura in re aliena angemeldet). In anderen Fällen wird die Anmeldung genügen, um das ganze Verfahren als erledigt anzusehen (z. B. wenn der Verschollene, dessen Todeserklärung beantragt ist, sich meldet oder die zu amortisierende Urkunde vorgelegt wird).

Die Anmeldungen können auch einen Widerspruch gegen das Verfahren auf Grund solcher Umstände enthalten, welche schon bei Erlaß des Aufgebots zu berücksichtigen gewesen wären; stellt sich danach der Antrag auf Erlaß des Ausschlußurteils schon äußerlich und, ohne daß es der Entscheidung eines Streits bedarf, als unbegründet dar, so ist derselbe unbedenklich durch Beschluß zurückzuweisen, da es sich nicht bloß um den Widerspruch des Anmeldenden, sondern auch um die Zuläßigkeit des Ausschlußurteils gegen alle übrigen Beteiligten handelt.

Zwischen diesen Fällen liegen diejenigen, bei welchen durch die Anmeldung das von dem Antragsteller zur Begründung des Antrags behauptete Recht bestritten wird. Für diesen Streit ist die Entscheidung nicht in dem Aufgebotsverfahren zu suchen, welches keine andere Bestimmung hat, als die Feststellung der gesetzlichen Rechtsnachteile gegen alle diejenigen, welche sich nicht melden. Ob aber das angemeldete Recht unter Erlaß eines Ausschlußurteils gegen alle übrigen Beteiligten vorzubehalten oder das Aufgebotsverfahren bis zur Entscheidung über das angemeldete Recht in einem besonderen, von einem der beiden Teile einzuleitenden Verfahren auszusetzen sei, das muß nach Lage des Falles bestimmt werden; weitere allgemeine Regeln sind darüber nicht aufzustellen."

2. Gegen den Aussetzungsbeschluß findet Beschwerde statt (§ 229). Das Gericht, welches die Aussetzung angeordnet hat, kann von Amtswegen (§ 141) wie auf Beschwerde (§ 534) die Anordnung aufheben. Dann ist von Amtswegen neuer Termin zu bestimmen. Auf diesen ist § 832 anwendbar. — Wegen Aufnahme des Verfahrens s. § 227.

3. Wie die endgültige Entscheidung über das angemeldete Recht zu erfolgen hat, bestimmen die Spezialgesetze.

§ 831.

Ist der Antragsteller in dem Aufgebotstermine nicht erschienen, so ist auf seinen Antrag ein neuer Termin zu bestimmen. Der Antrag ist nur binnen einer vom Tage des Aufgebotstermins laufenden Frist von sechs Monaten zuläßig.

Mot. S. 462, 463. KPr. S. 436, 589.

Ist der Antragsteller in dem Aufgebotstermine nicht erschienen, so kann nicht verhandelt und nicht entschieden werden. Anmeldungen im Termine sind zu Protokoll zu nehmen. Aber die Anmeldenden können weder Kontumazialanträge stellen noch neuen Termin verlangen. — Nur der Antragsteller kann neuen Termin beantragen. Für diesen Antrag ist eine sechs-

monatige Frist gesetzt, damit nicht das Ausschlußurteil unter veränderten Umständen erlassen werde. — Ein Antrag auf Erlassung neuen Aufgebots kann jederzeit gestellt werden.

§ 832.

Wird zur Erledigung des Aufgebotsverfahrens ein neuer Termin bestimmt, so ist eine öffentliche Bekanntmachung des Termins nicht erforderlich.

Mot. S. 462, 463. KPr. S. 436, 437, 589.

1. Die Bestimmung eines neuen Termins kann durch Anordnung von Beweiserhebungen (s. Bem. Nr. 1 Abs. 1 zu § 829), durch Aussetzung (§ 830), durch Ausbleiben des Antragstellers (§ 831) oder durch eine Terminsverlegung (§§ 205, 206) veranlaßt sein.

2. Jede nicht verkündete Terminsbestimmung ist den Beteiligten von Amtswegen bekannt zu geben. Eigentliche Ladung findet nicht statt. Beteiligt sind außer dem Antragsteller auch diejenigen, welche bereits Anmeldungen vollzogen haben. [Struckm. Koch N. 2 und v. Bülow N. 2 zu § 832 wollen die Angemeldeten durch den Antragsteller laden lassen, was damit, daß schon der erste Termin von Amtswegen bekannt zu geben ist, wohl nicht stimmt.]

§ 833.

Das Gericht kann die öffentliche Bekanntmachung des wesentlichen Inhalts des Ausschlußurteils durch einmalige Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger anordnen.

Mot. S. 469. KPr. S. 437, 589.

Das Ausschlußurteil wird verkündet; Zustellung desselben findet nicht statt. Die Bekanntmachung im Reichsanzeiger ist fakultativ, ebenso deren Umfang. Periodische Veröffentlichung gewisser Kategorien von Ausschlußurteilen in Tabellenform ist zulässig. — Obligatorisch ist die Bekanntmachung in den Fällen der §§ 848, 849.

§ 834.

Gegen das Ausschlußurteil findet ein Rechtsmittel nicht statt.

Das Ausschlußurteil kann bei dem Landgerichte, in dessen Bezirke das Aufgebotsgericht seinen Sitz hat, mittels einer gegen den Antragsteller zu erhebenden Klage angefochten werden:

1) wenn ein Fall nicht vorlag, in welchem das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt;

2) wenn die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots oder eine in dem Gesetze vorgeschriebene Art der Bekanntmachung unterblieben ist;

3) wenn die vorgeschriebene Aufgebotsfrist nicht gewahrt ist;

4) wenn der erkennende Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war;

5) wenn ein Anspruch oder ein Recht ungeachtet der erfolgten Anmeldung nicht dem Gesetze gemäß in dem Urteile berücksichtigt ist;

6) wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen die Restitutionsklage wegen einer strafbaren Handlung stattfindet.

Mot. S. 464, 465. KPr. S. 437–439, 589.

1. Zu Abs. 1: „Rechtsmittel" — s. Bem. Nr. 2 zum Titel des 3. Buchs (S. 559). Auch Einspruch, Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§§ 541 ff.) finden nicht statt; ebensowenig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [RG. 24. Febr. 1886 SA. XLII Nr. 121].

2. Zu Abs. 2: Legitimiert zur Anfechtungsklage ist, wer durch das Ausschlußurteil in seinem Rechte verletzt ist. — Über den Umfang der Anfechtungsklage bemerken die Motive:

„Dieselbe kann nur in beschränktem Maße zugelassen werden, wenn nicht der Wert des für gewisse Verhältnisse unentbehrlichen Präklusionsverfahrens in bedenklicher Weise vermindert werden soll. Denn das Aufgebotsverfahren will unklare, schwierige Verhältnisse lösen durch Erreichung eines formalen Resultats, zu welchem Ende die dem Aufgebotsrichter nachgewiesene Wahrscheinlichkeit mit fruchtlosem Ablaufe der Anmeldungsfrist zur Gewißheit erhoben wird. Demnach ist von vornherein durch die Idee des Aufgebots jede Nachprüfung des bereits dem Aufgebotsrichter vorgelegten Materials und seiner Erwägungen (sowohl in Betreff des von dem Extrahenten Behaupteten, als in probatorio) ausgeschlossen. Auf den Irrtum des Aufgebotsrichters kann die Anfechtung nicht gegründet werden, auch dann nicht, wenn sich ein von ihm als wahrscheinlich bzw. gewiß angenommener Umstand (z. B. die Vernichtung eines Papiers) expost als nicht vorhanden ausweist und zwar auf Grund eines außerhalb der Erwägungen des Aufgebotsrichters gelegenen Faktums (z. B. daß sich die Amortisationsurkunde hinterher im Besitze des Extrahenten wiederfindet). In solchen Fällen trägt das Ausschlußurteil in sich keine Nullität; es muß ebenso, wie die auf Grund desselben neu gefertigte Urkunde, aufrecht erhalten und der Geschädigte auf den Weg der Schadens- resp. Bereicherungsklage verwiesen bleiben. Die Zulassung der Anfechtungsklage ist daher auf die im § 834 Abs. 2 aufgeführten Fälle beschränkt."

3. Zu Abs. 2 Nr. 1: Gemeint ist der Fall, daß der Richter de iure geirrt, also ein das Aufgebotsverfahren für den unterstellten Thatbestand zulassendes Gesetz (im Sinne des EG. § 12) irrtümlich angenommen hat. Auf Feststellung eines unrichtigen Thatbestandes (error facti) kann die Anfechtungsklage nicht gestützt werden, selbst wenn bei der Feststellung gegen Beweisregeln verstoßen worden sein sollte. Ist eine gesetzlich nicht zulässige Präklusion im Aufgebot angedroht und im Ausschlußurteil ausgesprochen, so ist die Anfechtungsklage aus Nr. 1 begründet; denn es ist ein Rechtsirrtum hinsichtlich der Zulässigkeit der betreffenden Art des Aufgebotsverfahrens unterlaufen. Wurde im Aufgebot eine gesetzlich zulässige Präklusion angedroht, im Ausschlußurteil aber eine zwar gesetzlich zulässige, aber nicht angedrohte Rechtsfolge ausgesprochen, so ist die Anfechtungsklage aus Nr. 2 begründet; denn es fehlt für dieses Ausschlußurteil die Publikation des Aufgebots mit den verhängten Rechtsnachteilen. Über die Bedeutung eines Ausschlußurteils der letzteren Art für Rechte dritter, deren Präklusion in dem Aufgebot gar nicht angedroht war, wurden in der JK. d. RT. (KPr. S. 439) verschiedene Meinungen geäußert. Während einerseits behauptet wurde, daß dieses Ausschlußurteil dem dritten gegenüber überhaupt bedeutungslos sei, daher von dem dritten nicht angefochten zu werden brauche (woraus sich dann wieder ergeben würde, daß die Fristen des § 835 für diesen Fall belanglos wären), wurde andererseits behauptet, daß das Urteil vorbehaltlich der Anfechtung jenen Rechten dritter präjudiziere, daher innerhalb der bezeichneten Fristen angefochten werden müsse. Letzteres ist richtig. Denn wenn bei vollständigem Unterbleiben der Bekanntmachung eines Aufgebots das Ausschlußurteil formell besteht und der Anfechtung bedarf, so ist a maiori ad minus zu schließen, daß auch bei einer Bekanntmachung, die das später verwirklichte Präjudiz nicht enthalten hat, die Anfechtung aus Nr. 2 nötig ist. Die in Anl. z. 164. Prot. d. JK. d. RT. S. 10 enthaltene Deklaration ist hiernach gegenstandslos.

4. Zu Abs. 2 Nr. 2: Dazu gehört auch der Fall, daß eine im Spezialgesetz vorgeschriebene Bekanntmachung an bekannte Interessenten unterblieben ist (Mot. S. 465).

5. Zu Abs. 2 Nr. 3: Vgl. § 827. Auch eine geringfügige Verkürzung begründet die Klage (Mot. S. 465 und nordd. Prot. V S. 2247 f.).

6. Zu Abs. 2 Nr. 4: Vgl. § 513 Nr. 2 und Bem. Nr. 3 dazu; § 542 Nr. 2.

7. Zu Abs. 2 Nr. 5: „Dem Gesetze gemäß" — sc. dem für das Aufgebot maßgebenden Gesetze.

8. Zu Abs. 2 Nr. 6: Vgl. § 543 Nr. 1—5. § 544 findet hierher entsprechende Anwendung.

§ 835.

Die Anfechtungsklage ist binnen der Notfrist eines Monats zu erheben. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem der Kläger Kenntnis von dem Ausschlußurteile erhalten hat, in dem Falle jedoch, wenn die Klage auf einem der im § 834 Nr. 4, 6 bezeichneten Anfechtungsgründe beruht und dieser Grund an jenem Tage noch nicht zur Kenntnis des Klägers gelangt war, erst mit dem Tage, an welchem der Anfechtungsgrund dem Kläger bekannt geworden ist.

Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Verkündung des Ausschlußurteils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

Mot. S. 464—466. KPr. S. 439, 589.

1. Zu Abs. 1: Wegen des Begriffs „Notfrist" s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 236). Vgl. a. § 549 Abs. 1 u. 2.

2. Wegen der Natur der zehnjährigen Frist s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 236). Die Frist ist keine Notfrist. Sie wird von den Gerichtsferien nicht berührt. Dieselbe unterliegt nicht der Parteidisposition.

§ 836.

Das Gericht kann die Verbindung mehrerer Aufgebote anordnen, auch wenn die Voraussetzungen des § 138 nicht vorliegen.

Mot. S. 466. KPr. S. 439, 589.

Vgl. preuß. AG. z. CPrO. § 26.

§ 837.

Für das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung (Amortisation) abhanden gekommener oder vernichteter Wechsel und der in den Artikeln 301, 302 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Urkunden gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

Die Bestimmungen finden in betreff anderer Urkunden, bezüglich welcher das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt, insoweit Anwendung, als in dem Gesetze nicht besondere Vorschriften enthalten sind.

Mot. S. 466, 467. KPr. S. 439, 589.

1. Die §§ 837—850 enthalten Bestimmungen über Urkundenamortisation. Diese Bestimmungen, welche sich aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 823—836 ergänzen, sind für die Amortisation der in Abs. 1 des § 837 bezeichneten, reichsgesetzlich für amortisierbar erklärten Urkunden in dem Sinne maßgebend, daß sie durch Landesgesetze nicht beseitigt werden können. Dieselben Bestimmungen gelten für die Amortisation anderer Urkunden subsidiär, d. i. wenn nicht das Spezialgesetz, aus welchem sich die Zulässigkeit der Amortisation ergiebt, besondere von den §§ 838—850 abweichende Vorschriften enthält; auch können diese Vorschriften gemäß EG. § 11 durch Landesgesetz abgeändert werden, soweit nicht der § 849 bezüglich der dort bezeichneten Urkunden einer Änderung im Wege steht.

2. Ob andere Urkunden, als Wechsel und die in den Art. 301, 302 des HGB. bezeichneten an Ordre lautenden kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheine, Konossemente, Ladescheine, Auslieferungsscheine (Lagerscheine, Warrants), Bodmereibriefe und Seeassekuranzpolicen, amortisiert werden können, darüber entscheiden die Landesgesetze, soweit nicht durch spezielle Reichsgesetze die Amortisierbarkeit ausgesprochen (z. B. BG. v. 9. Nov. 1867 § 6, BG. v. 21. Juli 1870 § 3, RG. v. 26. April 1873 (RGBl. S. 91) oder ausgeschlossen (Reichsbankgesetz v. 14. März 1875 § 4 Abs. 3) ist. Die CPrO. führt also die Amortisierbarkeit, wo sie nicht durch Reichs- oder Landesgesetz zugelassen ist, nicht ein. Ob Aktien für kraftlos erklärt werden können, bemißt sich nach dem Landesrecht. Die Bestimmungen über „Amortisation" im HGB. Art. 203 Abs. 2, 215d betreffen nicht die Kraftloserklärung im Sinne der CPO. § 837.

§ 838.

Bei Papieren, welche auf den Inhaber lauten, oder welche durch Indossament übertragen werden können und mit einem Blankoindossamente versehen sind, ist der letzte Inhaber berechtigt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen.

Bei anderen Urkunden ist derjenige zu dem Antrage berechtigt, welcher das Recht aus der Urkunde geltend machen kann.

Mot. S. 467. KPr. S. 439, 589.

§ 838 bestimmt, wer zum Antrag auf Urkundenamortisation berechtigt ist. Die Regel enthält § 838 Abs. 2. Hiernach ist legitimiert, wer das Recht aus der Urkunde, wenn sie vorhanden wäre, nach materiellem Recht geltend machen könnte (vgl. WO. Art. 36, 73).

Eine Konsequenz dieser Regel spricht § 838 Abs. 1 noch besonders aus: der Inhaber eines auf den Inhaber lautenden (vgl. HGB. Art. 207 Abs. 4, 307, 309, 325) oder in blanco indossierten (vgl. WO. Art. 12, HGB. Art. 182 Abs. 4 u. 5, Art. 223 Abs. 1, Art. 301—305) Papiers ist zur Geltendmachung des Rechts aus der Urkunde, folglich auch zum Amortisationsantrag befugt. Dies gilt auch für den Schuldner selbst, sofern eine auf den Inhaber lautende oder in blanco indossierte Urkunde nach ihrer Rückgabe an den Schuldner und nach Befriedigung des Gläubigers noch von Bedeutung ist, was z. B. bei auf den Inhaber lautenden Hypothekenurkunden vorkommen kann. (Mot. S. 467).

Die Regel des Abs. 2 gilt auch für indossable Urkunden, deren letztes Indossament kein Blankoindossament ist.

Wegen Bescheinigung der Legitimation s. § 840 Nr. 2.

§ 839.

Für das Aufgebotsverfahren ist das Gericht des Orts zuständig, welchen die Urkunde als den Erfüllungsort bezeichnet. Enthält die Urkunde eine solche Bezeichnung nicht, so ist das Gericht zuständig, bei welchem der Aussteller seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen Gerichts dasjenige, bei welchem der Aussteller zur Zeit der Ausstellung seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

Ist der Anspruch, über welchen die Urkunde ausgestellt ist, in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen, so ist das Gericht der belegenen Sache ausschließlich zuständig.

Mot. S. 467, 468. KPr. S. 440, 589.

1. Der Erfüllungsort ist in der Urkunde bezeichnet nicht bloß, wenn direkt gesagt ist, daß an einem bestimmten Orte zu erfüllen sei (dies ist z. B. bei dem domizilierten Wechsel der Fall), sondern auch wenn aus dem Texte der Urkunde in anderer Weise der Erfüllungsort zu entnehmen ist. Daher enthält auch der nicht domizilierte, gezogene oder eigene Wechsel einen in der Urkunde bezeichneten Erfüllungsort; denn für den ersteren gilt nach WO. Art. 4 Nr. 8 der bei dem Namen oder der Firma des Bezogenen angegebene Ort, für den letzteren aber nach WO. Art. 97 der Ort der Ausstellung als Zahlungsort. Konossemente, Ladescheine Auslieferungsscheine (Lagerscheine, Warrants) enthalten ebenfalls eine Bezeichnung des Erfüllungsorts; denn aus Konossementen und Ladescheinen muß der Bestimmungsort, welcher nach HGB. Art. 324 Abs. 1 zugleich der Erfüllungsort ist, aus den Lagerscheinen oder Warrants aber der nach HGB. Art. 324 Abs. 1 zugleich als Erfüllungsort zu betrachtende Lagerplatz ersichtlich sein. [So auch Wolffson in der JK. d. RT. KPr. S. 440, Daude S. 56 und die Kommentatoren bis auf Wilm. Levy, A. Förster und Reincke.] Die vorstehende Auslegung wird bestätigt durch die nordd. Prot. V S. 2251, wo in der Beratung über die in dem § 839 entsprechende Bestimmung auf HGB. Art. 324 Bezug genommen ist. Sie wird nicht widerlegt durch die Mot. zu Entw. I S. 505, wo gesagt ist, daß man nicht den Erfüllungsort schlechthin als maßgebend für die Zuständigkeit bezeichnen wollte, weil die Untersuchung, wo der Erfüllungsort sei, wenn einmal eine ausdrückliche Bestimmung fehle, wegen ihrer Schwierigkeit kein geeigneter Gegenstand für eine auf einseitige Angaben des Antragstellers zu gründende Entscheidung sei, selbst wenn der Erfüllungsort durch die Handelsniederlassung oder den Wohnort des Ausstellers zur Zeit der Ausstellung (HGB. Art. 324) bestimmt werden soll. Denn abgesehen davon, daß diese Äußerung in den Motiven zu den späteren Entwürfen nicht widerholt ist, kann man eine ausdrückliche Bestimmung sehr wohl jede nennen, welche in der Urkunde selbst zum Ausdruck gelangt ist, gleichviel ob dies direkt durch Angabe eines Ortes als Erfüllungsorts oder indirekt durch aus der Urkunde ersichtliche Umstände geschehen ist. Dagegen enthält eine Urkunde keine Bezeichnung des Erfüllungsorts, wenn dieser erst aus außerhalb der Urkunde liegenden Umständen, z. B. aus dem Orte der Niederlassung des Verpflichteten, gefolgert werden muß. Ein Wechsel „zahlbar aller Orten" enthält daher keinen Erfüllungsort. — Sind mehrere Erfüllungsorte bezeichnet, so kann die Amortisation bei jedem der mehreren Gerichte beantragt werden.

Ist in der Urkunde ein im Auslande gelegener Ort als Erfüllungsort bezeichnet, so ist kein inländisches Gericht für die Amortisation zuständig. Es wird nicht etwa das im Inland befindliche Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes des Ausstellers zuständig.

2. „Allgemeiner Gerichtsstand" — s. §§ 13—20. Bei mehreren Ausstellern konkurrieren deren allgemeine Gerichtsstände. Wenn der Aussteller einen Gerichtsstand in Deutschland weder hat, noch z. Z. der Ausstellung gehabt hat, so kann die Amortisation in Deutschland nicht beantragt werden. — Der subsidiär angeordneten Zuständigkeit entspricht die in der preuß. VO. v. 16. Juni 1819 § 5 und im Bundesges. v. 9. Nov. 1867 § 7 bestimmte Zuständigkeit des Berliner Gerichts.

3. Die in Abs. 1 bestimmte örtliche Zuständigkeit ist zwar nicht, wie die Zuständigkeit nach Abs. 2, als ausschließliche bezeichnet; gleichwohl kann von einer Verschiebung nicht die Rede sein, da weder eine konkurrierende Zuständigkeit vorhanden, noch Prorogation möglich ist. Die Zuständigkeit nach Abs. 2 schließt jene nach Abs. 1 aus.

§ 840.

Der Antragsteller hat zur Begründung des Antrags:

1) entweder eine Abschrift der Urkunde beizubringen oder den wesentlichen

Inhalt der Urkunde und alles anzugeben, was zur vollständigen Erkennbarkeit derselben erforderlich ist;

2) den Verlust der Urkunde, sowie diejenigen Thatsachen glaubhaft zu machen, von welchen seine Berechtigung abhängt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen;

3) sich zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Angaben zu erbieten.

KPr. S. 440, 589.

1. Die Vorschriften des § 840 über den Inhalt des Antrags ergänzen sich aus § 824. Dieselben sind für die in § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden obligatorisch und erschöpfend. Für andere Urkunden (§ 837 Abs. 2) gelten sie subsidiär; primär entscheiden die Spezialgesetze über die Erfordernisse des Amortisationsantrags, es bleiben also insbesondere alle spezialgesetzlichen Bestimmungen in Kraft, welche zum Amortisationsantrag mehr verlangen, als in § 840 verlangt ist. Fordert z. B. ein Spezialgesetz das Zeugnis einer Behörde oder des Ausstellers darüber, daß die durch die zu amortisierende Urkunde verbriefte Schuld noch bestehe (z. B. preuß. VO. v. 16. Juni 1819 GS. S. 157, preuß. Ges. v. 2. März 1850 über die Errichtung von Rentenbanken GS. S. 112, preuß. Sparkassenreglement v. 12. Dez. 1838 GS. 1839 S. 5, BG. v. 9. Nov. 1867 BGBl. S. 157 § 6, cf. BG. v. 21. Juli 1870 BGBl. S. 491 § 3, BG. v. 26. April 1871 BGBl. S. 91 § 3, RG. v. 12. Mai 1873 RGBl. S. 91 § 2, Reichsbankstatut v. 21. Mai 1875 RGBl. S. 203 § 8), so muß der Antrag auch diesem Erfordernis genügen [vgl. preuß. AG. z. CPrO. § 20 Abs. 5 und Daude S. 61].

2. Zu Nr. 1: Was wesentlicher Inhalt und was zur vollständigen Erkennbarkeit der Urkunde erforderlich ist, ist thatsächliche Frage. Spezialgesetze können auch in diesem Punkte besonderes bestimmen.

3. Zu Nr. 2: Wegen der Legitimation zur Antragstellung vgl. § 838. Wegen Glaubhaftmachung s. § 266.

4. Zu Nr. 3: Die Erklärung des Antragstellers, zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Angaben bereit zu sein, ist formales Erfordernis des Antrags. Aber die Abnahme der eidlichen Versicherung ist nicht obligatorisch, wenn nicht Spezialgesetze sie gebieten, sondern steht im Ermessen des Gerichts (KPr. S. 440).

§ 841.

In dem Aufgebot ist der Inhaber der Urkunde aufzufordern, spätestens im Aufgebotstermine seine Rechte bei dem Gericht anzumelden und die Urkunde vorzulegen. Als Rechtsnachteil ist anzudrohen, daß die Kraftloserklärung der Urkunde erfolgen werde.

Mot. S. 468, 469. KPr. S. 440, 589.

1. § 841 ergänzt für das Gebiet der Urkundenamortisation den § 824 Nr. 2 u. 3.

2. Obwohl in dem Aufgebote nur der Inhaber der Urkunde aufgefordert wird, seine Rechte anzumelden und die Urkunde vorzulegen, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß ein dritter mit einem besseren Rechte an der auch für ihn verlorenen Urkunde die Legitimation des Ausstellers bestreiten kann. Geschieht dies oder erkennt der Antragsteller eine infolge des Aufgebots vorgelegte Urkunde als die aufgebotene nicht an, so liegt der im § 830 vorgesehene Fall vor, daß der Streit im besonderen Verfahren zur Ausführung zu bringen ist. Im übrigen wird das Aufgebotsverfahren durch Vorlegung der Urkunde erledigt (Mot. S. 469).

3. Der anzudrohende Rechtsnachteil entspricht dem Ausspruch des Ausschlußurteils (§ 848). Die als Folge eintretende Befugnis, alle Rechte aus der Urkunde gegenüber dem Verpflichteten

geltend zu machen, ist in der Androhung nicht zu erwähnen, weil überhaupt rücksichtlich der Legitimation dritter gegenüber dem Verpflichteten trotz der Bestimmung des § 850 kein Ausschluß erfolgt.

§ 842.

Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel und in dem Lokale der Börse, wenn eine solche am Sitze des Aufgebotsgerichts besteht, sowie durch dreimalige Einrückung in die im § 187 Abs. 2 bezeichneten Blätter.

Das Gericht kann anordnen, daß die Einrückung noch in andere Blätter und zu mehreren Malen erfolge.

KPr. S. 440, 589.

Vgl. § 825 nebst den Bemerkungen.

§ 843.

Bei Wertpapieren, für welche von Zeit zu Zeit Zinsscheine oder Gewinnanteilscheine ausgegeben werden, ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß bis zu demselben der erste einer seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ausgegebenen Reihe von Zinsscheinen oder Gewinnanteilscheinen fällig geworden ist und seit der Fälligkeit desselben sechs Monate abgelaufen sind.

Vor Erlassung des Ausschlußurteils hat der Antragsteller ein nach Ablauf dieser sechsmonatigen Frist ausgestelltes Zeugnis der betreffenden Behörde Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die Urkunde seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ihr zur Ausgabe neuer Scheine nicht vorgelegt sei, und daß die neuen Scheine an einen anderen als den Antragsteller nicht ausgegeben seien.

Mot. S. 468. KPr. S. 440—443, 589—592.

1. Die §§ 843—845 enthalten besondere Bestimmungen über Amortisation der Wertpapiere (über diesen Begriff vgl. Bem. Nr. 2 zu § 101 u. Bem. Nr. 1 zu § 722), für welche Zins- oder Dividendenkoupons ausgegeben sind, und zwar über Amortisation der Stammpapiere, nicht der Zins- oder Gewinnanteilsscheine.

Soweit eine der in § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden den Charakter eines Wertpapiers hat und Zinsscheine für dieselbe ausgegeben sind — bei kaufmännischen Verpflichtungsscheinen in der Gestalt von Prioritätsobligationen, die der Indossierung bedürfen, ist es denkbar, daß sie als Wertpapiere mit Zinsscheinen im Verkehre vorkommen — sind die §§ 843—848 für die Amortisation auch dieser Urkunden maßgebend. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp III S. 540. AM. Struckm. Koch N. zu §§ 838—848.]

Die Nichteinhaltung der in den §§ 843—845 bestimmten Fristen begründet die Anfechtungsklage aus § 834 Nr. 3.

Durch die §§ 843—845 ist die Amortisierbarkeit der daselbst bezeichneten Papiere nicht ausgesprochen. Ob dieselben überhaupt amortisierbar sind, ob sie ohne oder nur mit den Zins- oder Dividendenkoupons amortisiert werden können, ob Zins- und Dividendenkoupons amortisierbar sind, alle diese Fragen sind aus den Spezialgesetzen zu beurteilen.

2. § 843 enthält die Regel; die §§ 844, 845 enthalten für die daselbst bezeichneten Papiere Ausnahmebestimmungen, durch welche von den Erfordernissen des § 843 nachgelassen wird. Daraus folgt, daß § 843 auch auf die § 844 bezeichneten mit mehr als vierjährigen Koupons ausgegebenen Papiere anwendbar ist, wenn von den zuletzt ausgegebenen Koupons

nach der Zeit des Verlustes überhaupt nicht mehr vierjährige Koupons fällig werden, sondern die Ausgabe einer neuen Serie vor Ablauf der vier Jahre bevorsteht.

3. Das in § 843 Abs. 2 bezeichnete Zeugnis ist nicht zum Amortisationsantrag, sondern erst zu der Erlassung des Amortisationsurteils erforderlich. Das Zeugnis muß bezeugen, daß die Urkunde seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes nicht vorgelegt sei, und daß auch nicht auf Grund der Vorlage eines Talons die neue Kouponserie an einen anderen als den Antragsteller ausgegeben sei. Daß die früher ausgegebenen Koupons vom Antragsteller oder von einem dritten zur Zahlung vorgelegt wurden, hindert die Amortisation des Stammpapiers nicht.

§ 844.

Bei Wertpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnanteilscheine zuletzt für einen längeren Zeitraum als vier Jahre ausgegeben sind, genügt es, wenn der Aufgebotstermin so bestimmt wird, daß bis zu demselben seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes von den zuletzt ausgegebenen Scheinen solche für vier Jahre fällig geworden und seit der Fälligkeit des letzten derselben sechs Monate abgelaufen sind. Scheine für Zeitabschnitte, für welche keine Zinsen oder Gewinnanteile bezahlt werden, kommen nicht in Betracht.

Vor Erlassung des Ausschlußurteils hat der Antragsteller ein nach Ablauf dieser sechsmonatigen Frist ausgestelltes Zeugnis der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die für die bezeichneten vier Jahre und später etwa fällig gewordenen Scheine ihr von einem anderen als dem Antragsteller nicht vorgelegt seien. Hat in der Zeit seit dem Erlasse des Aufgebots eine Ausgabe neuer Scheine stattgefunden, so muß das Zeugnis auch die im § 843 Abs. 2 bezeichneten Angaben enthalten.

Mot. S. 468. KPr. S. 440—443, 589—592.

1. Wertpapiere mit Koupons für längere Zeiträume könnten nach § 844 erst nach Erschöpfung der möglicherweise für 100 Jahre ausgegebenen Kouponserie amortisiert werden. Für solche Fälle sorgt § 845.

2. Bei der Ansetzung des Aufgebotstermins muß der Richter trotz dem Schlußsatze des Abs. 1 unterstellen, daß die Zins- oder Dividendenkoupons alle bezahlt werden. Vor Erlassung des Amortisationsurteils hat dann das Gericht zu prüfen, ob diese Unterstellung in Erfüllung gegangen ist; der Antragsteller muß den Nachweis liefern, daß alle in den vier Jahren fälligen Koupons bezahlt worden sind. Ist dies nicht der Fall, so ist der Termin zu vertagen.

3. Der § 844 ist auf den Fall zugeschnitten, daß mit dem Stammpapier auch die Zins- oder Gewinnanteilscheine zu Verlust gegangen sind. Wenn der Antragsteller die Koupons des zu amortisierenden Stammpapiers besitzt und vorzeigt, so hat es weder einen Sinn, die vier Jahre rc. zuzuwarten, ob nicht ein anderer die Koupons präsentiert, noch hat es einen Sinn, das in Abs. 2 geforderte Zeugnis zu verlangen, durch dessen Erfordernis der im Besitz der Koupons befindliche Antragsteller gehindert ist, seine Koupons zu begeben. Man postuliert daher für diesen Fall eine anderweitige Regulierung des Amortisationstermins. Diese ist aber im Gesetze nicht vorgesehen. Nun darf man aber den Amortisationsbedürftigen nicht auf § 843 verweisen, denn hiernach käme er vor der Ausgabe einer neuen Kouponserie gar nicht zum Ziele, sondern man muß den § 844 auch in diesem Falle anwenden; daraus folgt, daß der

Antragsteller, um das Zeugnis (Abs. 2) zu erhalten, genötigt ist, die Koupons der betreffenden Zeit nicht zu begeben, sondern selbst zu präsentieren.

§ 845.

Bei Wertpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnanteilscheine ausgegeben sind, aber nicht mehr ausgegeben werden, ist, wenn nicht die Voraussetzungen der §§ 843, 844 vorhanden sind, der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß bis zu demselben seit der Fälligkeit des letzten ausgegebenen Scheines sechs Monate abgelaufen sind.

Mot. S. 468. KPr. S. 440—443, 589—592.

§ 845 betrifft hauptsächlich gekündigte und verloste Wertpapiere. Derselbe hat gegenüber den §§ 843 und 844 nur subsidiäre Bedeutung. — „Seit der Fälligkeit des letzten ausgegebenen Scheines" — soll heißen: „seit der Fälligkeit des letzten zahlbaren Scheines der ausgegebenen Scheine."

§ 846.

Ist in einer Schuldurkunde eine Verfallzeit angegeben, welche zur Zeit der ersten Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger noch nicht eingetreten ist, und sind die Voraussetzungen der §§ 843—845 nicht vorhanden, so ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß seit dem Verfalltage sechs Monate abgelaufen sind.

Mot. S. 468. KPr. S. 440—443, 590—592.

1. Der Ausdruck „Schuldurkunde" ist ungenau; derselbe umfaßt hier auch Wertpapiere. Für die Wertpapiere mit Zins- oder Gewinnanteilscheinen ist § 846 nicht anwendbar.

2. „Verfallzeit" — d. i. ein bestimmter Tag. Urkunden mit Kündigungsfrist kommen nur in Betracht, wenn durch auf der Schuldurkunde beurkundete Kündigung die Verfallzeit fixiert ist.

3. Die Nichteinhaltung der Frist begründet die Anfechtungsklage aus § 834 Nr. 3.

§ 847.

Zwischen dem Tage, an welchem die erste Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermine muß ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten liegen.

Mot. S. 468. KPr. S. 440—443, 590—592.

Ist die Frist nicht eingehalten, so ist Anfechtungsklage aus § 834 Nr. 3 begründet

§ 848.

In dem Ausschlußurteil ist die Urkunde für kraftlos zu erklären.

Das Ausschlußurteil ist seinem wesentlichen Inhalte nach durch den Deutschen Reichsanzeiger bekannt zu machen.

In gleicher Weise hat nach eingetretener Rechtskraft die Bekanntmachung des auf die Anfechtungsklage ergangenen Urteils, soweit dadurch die Kraftloserklärung aufgehoben wird, zu erfolgen.

Mot. S. 468—470. KPr. S. 443, 592.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Die Wirkung des Aufgebotsverfahrens beschränkt sich darauf, daß die Urkunde für kraftlos erklärt und der Antragsteller dem Ver-

pflichteten gegenüber berechtigt wird, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen (nordd. Entw. §§ 1153, 1154). Im übrigen wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Antragsteller und einem dritten, welcher ein besseres Recht auf die Urkunde hat, nicht berührt. Es liegt kein Bedürfnis vor, in dieser Richtung eine weitergehende Wirkung (preuß. Entw. § 1327: Ausschluß des unbekannten Inhabers der Urkunde und aller unbekannten Berechtigten mit ihren Rechten) eintreten zu lassen; denn auch ohne dieselbe wird der Verlust der Urkunde, welcher die einzige Veranlassung des Verfahrens ist, derart aufgehoben, daß der Antragsteller thatsächlich über die Urkunde wie vor dem Verluste verfügen kann. Den Verlust gänzlich ungeschehen zu machen, wird durch die Bedeutung des Besitzes der Urkunde durch den dritten ausgeschlossen. Hatte ein dritter Rechte an der Urkunde, ohne dieselbe zu besitzen, so sind dieselben überhaupt weder durch den Verlust der Urkunde seitens des Inhabers noch durch das Aufgebot berührt. . . . . Ob auf Grund der Kraftloserklärung die Ausfertigung einer neuen Urkunde statthaft ist, hängt von dem Verhältnisse des Berechtigten zu dem Verpflichteten ab und ist in der PrO. nicht zu bestimmen."

2. Zu Abs. 2: Die Bekanntmachung ist hier, abweichend von § 833, geboten.

3. Wegen der Kosten s. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 829.

§ 849.

Die Vorschriften der §§ 843—848 finden auch auf das Aufgebot anderer als der im § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden, welche auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar und mit einem Blankoindossament versehen sind, Anwendung, insoweit nicht der Anspruch, über welchen die Urkunde ausgestellt ist, in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.

Durch diese Bestimmung werden Vorschriften, welche für das Aufgebotsverfahren noch andere oder schwerere Voraussetzungen aufstellen, nicht berührt.

KPr. S. 592, 593.

1. § 849 wurde in Veranlassung einer Petition der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft in der JK. d. RT. eingefügt. Derselbe bezweckt, für die Amortisation von auf den Inhaber lautenden oder in blanco indossierten Papieren ein Minimum von Erfordernissen aufzustellen, unter welches die Landesgesetze nicht heruntergehen dürfen. Übrigens ist auch durch § 849 die Amortisierbarkeit der in § 849 bezeichneten Papiere nicht ausgesprochen. Die Bestimmungen des § 849 haben keine Bedeutung, wenn die betreffenden Papiere nicht auf Grund eines Landesgesetzes amortisierbar sind.

2. Hiernach ergiebt sich bezüglich der Kraft der §§ 843—848: a) Für die in § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden sind die §§ 843—848 allein maßgebend. Vgl. jedoch Bem. Nr. 1 zu § 843. b) Für Inhaberpapiere, für indossable und mit einem Blankoindossament (an letzter Stelle) versehenen Papiere, welche nicht zu den in § 837 Abs. 1 bezeichneten gehören, sind die §§ 843—848 verbindend, aber nicht allein maßgebend, die Spezialgesetze können die Erfordernisse des Aufgebotsverfahrens und des Ausschlußurteils steigern, z. B. längere Fristen bestimmen, aber nicht mindern. Ausgenommen von der verbindenden Kraft der §§ 843—848 sind Urkunden über Ansprüche, welche in einem Grund- oder Hypothekenbuch eingetragen sind. c) Für alle anderen Urkunden einschließlich der letzterwähnten gelten die § 843 nur subsidiär, d. i. wenn nicht durch Spezialgesetze anderes bestimmt ist.

§ 850.

Derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, ist dem durch die

Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen.

Mot. S. 468. KPr. S. 443, 593.

1. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 848. Nur dem Verpflichteten, nicht dritten gegenüber ersetzt das Ausschlußprotokoll den Besitz der Urkunde. Wer Verpflichteter ist, bestimmt sich nach dem materiellen Recht. In Kraft bleibt WO. Art. 73 vgl. mit 98 Nr. 9, wonach die Amortisation des Wechsels nur gegen den Acceptanten bzw. den Aussteller des eigenen Wechsels, nicht gegen andere Wechselverpflichtete wirkt. Die Regreßrechte gegen den Aussteller des gezogenen Wechsels und gegen den Wechselindossanten sind nach WO. Art. 54 durch die Auslieferung des Wechsels bedingt; daran ist nichts geändert.

2. Die Vorschrift des § 850 gilt für die in § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden primär, für andere Urkunden subsidiär; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 837.

Zehntes Buch.

Schiedsrichterliches Verfahren.

1. Litteratur frühere s. Gruchot Beitr. z. E. d. DR. XVI S. 1 ff., Windscheid Pand. II §§ 415, 417. Neuere: Wach I S. 64 ff., Hellmann Lehrb. S. 1018 ff., Eccius Förster pr. PrR. I § 49a, Dernburg Pand. I §§ 165 f. u. pr. PrR. §§ 142 ff., Fischer pr. PrR. S. 742 ff., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 316 ff., 490 ff., V. Mayer die schiedsrichterliche Rechtsentscheidung (Erlangen 1887); speziell über schiedsrichterliches Verfahren in Patentsachen: Kohler Arch. f. H. u. WR. XLVII S. 333 ff.

2. Das zehnte Buch der CPrO. enthält nicht bloß Vorschriften über das schiedsrichterliche Verfahren, sondern auch materielles Recht, das zu dem maßgebenden Civilrecht ergänzend und abändernd hinzutritt. Die Vorschriften des zehnten Buchs der CPrO. gelten nur für den Fall, daß durch Vereinbarung oder andere rechtsgeschäftliche Verfügung (§§ 851 u. 872) die Entscheidung einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinne des GVG. § 13, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören würde, einem Schiedsgerichte übertragen ist (arg. EG. z. CPrO. § 3). Dieselben gelten also nicht für Schiedsgerichte, welche durch ein Gesetz — z. B. RGew.-Ordn. § 120a Abs. 3 in d. Fass. d. Bekanntm. v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177), die Unfallversicherungsgesetze v. 6. Juli 1884 (RGBl. S. 89) § 62 Abs. 2, v. 5. Mai 1885 (RGBl. S. 132) § 67 Abs. 2, v. 11. Juli 1887 (RGBl. S. 287) § 38 und v. 13. Juli 1887 (RGBl. S. 329) § 70 Abs. 2 — berufen sind. Ebensowenig gelten die Vorschriften der CPrO. für Schiedsgerichte, welchen die Entscheidung einer Strafsache (z. B. Beleidigung) oder einer vor eine Verwaltungsbehörde oder vor ein besonderes Gericht gehörigen Rechtsstreitigkeit übertragen ist. Die Vereinbarung, durch welche nicht die Entscheidung über Rechtsverhältnisse und Ansprüche, sondern die Ermittelung von Thatsachen — z. B. des angemessenen Preises, Wertes, Entgelts oder des der Einlage eines Gesellschafters entsprechenden Gesellschaftsanteils — dem billigen Ermessen eines dritten übertragen wird, ist kein Schiedsvertrag im Sinne der CPrO.; es finden daher auf solche Vereinbarung die Bestimmungen der CPrO. nicht Anwendung. Über derartige Vereinbarungen vgl. § 1 I. de emt. et vend. 3, 23, l. 25 C. h. 4, 38, ll. 76—79 D. pro socio 17, 2; A. pr. LR. I 11 § 51, dazu Eccius Förster pr. PrR. I § 49a N. 8; sächs. BGB. § 803; Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 305, Weismann Arch. f. c. Pr. LXXII S. 269 ff., Entsch. d. ROHG. III S. 75, 167, IV S. 428 ff., VII S. 31, VIII S. 110, X S. 428, XVI S. 427, XVIII S. 345; Entsch. d. RG. VI S. 201 ff.; SA. XXVI Nr. 187, XXVII Nr. 237, XXXII Nr. 128, XXXIII Nr. 133, XXXVIII Nr. 18. Die Römer gebrauchten in diesen Fällen auch den Ausdruck arbiter; die neuere Rechtssprache spricht von arbitratores, Schätzleuten — das pr. ALR. von Schiedsrichtern. Die Feststellung der

Schätzleute schneidet die Anrufung der gerichtlichen Entscheidung nicht ab, sondern ist der Korrektur durch Richterspruch zugänglich, l. 79 D. pro socio 17, 2 [vgl. RG. 11. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 38 S. 131 f.]. Ob ein Schiedsvertrag oder eine Vereinbarung auf Schätzleute vorliegt, ist thatsächliche Frage.

Die Vorschriften der CPrO. finden Anwendung auf ein schiedsrichterliches Verfahren, welches auf Grund einer vor dem 1. Okt. 1879 getroffenen Verfügung nach dem 1. Okt. 1879 begonnen hat; nicht aber auf ein schiedsrichterliches Verfahren, welches vor dem 1. Okt. 1879 schon anhängig war (arg. EG. z. CPrO. § 18); auch auf die Anfechtung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, welche in einem damals anhängigen oder schon beendigten Verfahren erlassen sind, ist nur das frühere Recht anwendbar [vgl. RG. 21. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 93 S. 357 ff. AM. Mayer a. a. O. S. 108]. Die Gültigkeit eines vor dem 1. Okt. 1879 geschlossenen Schiedsvertrags ist nach dem früheren Recht zu beurteilen [vgl. RG. 10. Nov. 1881 SA. XXXVIII Nr. 158, 8. Nov. 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1053].

Über das Rechtsverhältnis zwischen der Partei und dem Schiedsrichter giebt die CPrO. keine Vorschriften; in dieser Beziehung bleibt es bei dem früheren Recht. Danach ist auch zu beurteilen, welche Rechte und Verbindlichkeiten durch einen von der Partei mit dem Schiedsrichter geschlossenen Vertrag über Übernahme des Schiedsrichteramts zwischen diesen Personen entstehen, ob auf Ausführung des Schiedsrichteramts geklagt werden kann, ob dem Schiedsrichter ein Anspruch auf Honorar zusteht u. s. w. [Vgl. Mayer a. a. O. S. 50 ff.]

3. Wegen der Gebühren der Rechtsanwälte s. GO. f. RA. § 91 Nr. 1 u. Abs. 2.

§ 851.

Die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen.

Mot. S. 470–472. KPr. S. 443, 593.

1. Was zu einer Vereinbarung gehört, insbesondere auch, ob in der Unterwerfung unter das Statut einer Gesellschaft oder Anstalt eine Vereinbarung liegt, ist aus dem materiellen Recht zu beurteilen.

2. a) Der Gegenstand des Streits muß ein solcher sein, über den die Parteien durch Vergleich verfügen dürfen; und zwar muß die Regulierung des Rechtsverhältnisses durch Vergleich den Parteien nicht bloß nach einer gewissen Richtung hin, z. B. in favorem matrimonii, gestattet sein. Daher sind ausgeschlossen Ehesachen im Sinne des § 568, die Entmündigungsstreitigkeiten und Statusstreitigkeiten (arg. l. 32 § 7 D. de recept. 4, 8), diese soweit sie nicht rechtsgeschäftlicher Regulierung offen stehen. Aus Partikularrechten können sich weitere Beschränkungen ergeben.

b) Die Vereinbarenden müssen zum Abschlusse eines Vergleichs fähig sein. Da die subjektive Fähigkeit zum Vergleichsabschlusse gemein- und partikularrechtlich mit der Fähigkeit zusammenfällt, sich durch Verträge zu verpflichten, so sind die in Bem. Nr. 2 litt. a bis e zu § 50 (S. 65 f.) aufgeführten Personen unfähig zum Schiedsvertrage. Besteht für gewisse Personen teilweise Vertragsfähigkeit (s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 50, S. 65), so sind sie auch insoweit fähig zum Schiedsvertrag. Bedarf der gesetzliche Vertreter zum Abschluß des Vergleichs einer besonderen Ermächtigung, so ist die gleiche Ermächtigung zum Schiedsvertrag notwendig (Mot. S. 472). Durch Bevollmächtigte kann ein Schiedsvertrag geschlossen werden; aber die Prozeßvollmacht enthält nicht die Befugnis dazu, obwohl sie zum Vergleich

im Prozeß ermächtigt; denn die Bestimmungen des § 77 über den präsumtiven Umfang der Prozeßvollmacht gelten nur für den Prozeß (vgl. Mot. S. 472). So ausdrücklich bay. AG. z. CPrO. Art. 13 Abs. 1.

3. Wirkungen des Schiedsvertrags. a) Jede Partei kann dem Versuche des Gegners, über eine Rechtsstreitigkeit, welche Gegenstand des Schiedsvertrags ist, durch Klage, Widerklage oder Incidentantrag (§ 253) oder im Wege des Mahnverfahrens die Entscheidung eines staatlichen Gerichts herbeizuführen, mit der Einrede des Schiedsvertrags entgegentreten und dadurch bewirken, daß das staatliche Gericht die Klage (Widerklage, den Incidentantrag) abweist. Die Einrede ist nicht prozeßhindernd im Sinne des § 247, vgl. Bem. Nr. 5 zu § 247, wo Litt. und Rechtsprechung angegeben. Dem Antrag auf Arrest oder einstweilige Verfügung steht der Schiedsvertrag nicht im Wege (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 821). — b) Jede Partei ist verpflichtet, zu thun, was zur Herbeiführung des Schiedsspruchs nötig ist, und kann hierzu durch Klage vor dem ordentlichen Gericht und Vollstreckung nach § 774 angehalten werden; vgl. jedoch § 855 Abs. 2. Wegen der Wirkung des Schiedsspruchs s. § 866.

4. Widerklage kann bei einem Schiedsgerichte nur erhoben werden, wenn die Rechtsstreitigkeit, welche den Gegenstand der Widerklage bildet, demselben Schiedsgerichte zugewiesen ist.

5. Der Schiedsvertrag kann durch Vereinbarung aufgehoben werden. Dessen Anfechtung wegen Zwangs, Betrugs, Irrtums richtet sich nach den allgemeinen Regeln.

§ 852.

Ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten hat keine rechtliche Wirkung, wenn er nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

Mot. S. 472. KPr. S. 443, 593.

Vgl. § 40 Abs. 2. — Der Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten, die aus einem konkreten Rechtsverhältnis, z. B. aus einem Gesellschaftsvertrage, entspringen, ist gültig.

§ 853.

Ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts ein mündlich geschlossener Schiedsvertrag gültig, so kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag verlangen.

Mot. S. 472, 473. KPr. S. 443, 593.

1. Nach dem materiellen Recht ist zu beurteilen, ob der Schiedsvertrag irgend welcher Form bedarf. Nach gem. Recht, nach dem sächs. BGB., nach württ. Recht [vgl. Gaupp III S. 559] und nach badischem Recht (der § 1068 der bad. PrO. v. 1864 ist durch bad. Einf.-Ges. v. 3. März 1879 § 145 Nr. 1 aufgehoben) kann der Schiedsvertrag formlos geschlossen werden. Nach preuß. ALR. I 5 § 131 ist schriftliche Errichtung erforderlich, wenn der Gegenstand sich über 50 Thlr. beläuft (vgl. Entsch. d. ROHG. XVII S. 248 f.). Nach franz. Recht (C. de proc. art. 1005) und nach bay. AG. z. CPrO. Art. 12 ist Schriftform erforderlich. Hat der Schiedsvertrag als Bestandteil eines Handelsgeschäfts selbst die Natur eines Handelsgeschäfts, so ist nach Ansicht der nordd. Komm. (nordd. Prot. V S. 2226 f.), nach den Mot. z. Entw. III S. 472 und nach Entsch. d. ROHG. XVII S. 249, XXIII S. 259 (vgl. a. Entsch. I S. 91, II S. 156, IV S. 137, IX S. 218 Note) die Gültigkeit des Vertrags wegen HGB. Art. 317 nicht durch schriftliche Abfassung ꝛc. bedingt, auch wenn Landesgesetze eine Form vorschreiben. [AM. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 504 N. 143.]

2. Auf Grund eines nach dem materiellen Recht gültigen mündlichen Schiedsvertrags kann gemäß § 853 auf Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag bei den staatlichen Gerichten geklagt, es kann ein dieser Klage stattgebendes Urteil nach § 774 vollstreckt werden.

§ 854.

Ist in dem Schiedsvertrag eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter nicht enthalten, so wird von jeder Partei ein Schiedsrichter ernannt.

Mot. S. 473. KPr. S. 443, 593.

Nach röm. Recht war die Gültigkeit des Vertrags nicht von der Ernennung der Schiedsrichter abhängig [Windscheid Pand. II § 416 Note 15—17, Wach I S. 69 N. 22, Mayer a. a. O. S. 36 ff.]. Nach kanonischem Recht (c. 12 i. f. X. de arbitr. 1, 43) aber war ein Vertrag, welcher den Schiedsrichter nicht ernannte, unverbindlich. Nach der CPrO. ist weder über die Person, noch über die Zahl der Schiedsrichter Vereinbarung erforderlich, der Vertrag wird durch die Bestimmungen der §§ 854, 855 ergänzt.

§ 855.

Steht beiden Parteien die Ernennung von Schiedsrichtern zu, so hat die betreibende Partei dem Gegner den Schiedsrichter schriftlich mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchigen Frist seinerseits ein Gleiches zu thun.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gerichte ernannt.

Mot. S. 473, 474. KPr. S. 443, 593.

1. Die Zustellung durch Gerichtsvollzieher ist für die Aufforderung nicht vorgeschrieben. Die Aufforderung muß schriftlich geschehen. Berechnung der Frist s. § 200. Die Frist kann durch Vereinbarung verlängert oder abgekürzt werden.

2. Der Antrag auf Ernennung eines Schiedsrichters durch das Gericht wird gestellt durch Erhebung einer Klage gegen den Säumigen im ordentlichen Verfahren. Die Ernennung erfolgt im Urteile. Wegen des zuständigen Gerichts s. § 871.

3. Auf Schiedsverträge, welche vor dem 1. Okt. 1879 geschlossen sind, ist § 855 nicht anwendbar (s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 vor § 851).

§ 856.

Eine Partei ist an die durch sie erfolgte Ernennung eines Schiedsrichters dem Gegner gegenüber gebunden, sobald derselbe die Anzeige von der Ernennung erhalten hat.

KPr. S. 443, 593.

Der Zeitpunkt des Eintreffens bei dem Gegner ist entscheidend. Ein Widerruf gilt also nur, wenn er vor oder gleichzeitig mit der Anzeige bei dem Gegner eintrifft (vgl. HGB. Art. 321, nordd. Prot. V S. 2228). [So auch Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 507.]

§ 857.

Wenn ein nicht in dem Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder die Übernahme oder die Aus-

führung des Schiedsrichteramts verweigert, so hat die Partei, welche ihn ernannt hat, auf Aufforderung des Gegners binnen einer einwöchigen Frist einen anderen Schiedsrichter zu bestellen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gericht ernannt.

Mot. S. 473, 474. KPr. S. 443, 593.

1. § 857 bezieht sich auf die Fälle der §§ 854 und 855. Auch beim Wegfallen eines vom Gericht ernannten Schiedsrichters muß der Gegner erst wieder zur Bestellung eines anderen aufgefordert werden [vgl. RG. 6. Dez. 1887 Jur. WSchr. 1888 S. 17]. Sterben, Wegfallen und Weigerung eines im Schiedsvertrage ernannten Schiedsrichters entkräftet den Schiedsvertrag (§ 859 Nr. 1).

2. „Oder aus einem anderen Grunde ꝛc." — z. B. durch dauernde Erkrankung, insbesondere Geisteskrankheit, durch erfolgreiche Ablehnung (§ 858).

3. Zur Übernahme des Schiedsrichteramts ist niemand verpflichtet. Darüber, ob aus der Übernahme ein Anspruch der Partei auf Ausführung des Schiedsrichteramts entsteht, entscheidet das materielle Recht (s. Bem. Nr. 2 Abs. 4 vor § 851). Verweigerung der Ausführung im Sinne des § 857 liegt vor, sobald der Schiedsrichter erklärt, das übernommene Amt nicht ausführen zu wollen; es ist nicht erforderlich, daß derselbe auf Ausführung verklagt und die Zwangsmaßregeln gegen ihn erschöpft sind. Von der Verweigerung ist die bloße Verzögerung zu unterscheiden. Die Verzögerung seitens des nicht im Schiedsvertrage ernannten Schiedsrichters ist Ablehnungsgrund (§ 858 Abs. 2). Anders § 859 Nr. 1 bezüglich des im Schiedsvertrag ernannten Schiedsrichters.

4. Zum Schlußsatze vgl. Bem. Nr. 2 zu § 855.

§ 858.

Ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen.

Die Ablehnung kann außerdem erfolgen, wenn ein nicht in dem Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert.

Frauen, Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, können abgelehnt werden.

Mot. S. 474, 475. KPr. S. 443, 593.

1. Die CPrO. stellt keine Regeln über die Befähigung zum Schiedsrichter auf. Aus dem Begriff des Schiedsrichters als einer zum Entscheiden berufenen Person folgt, daß, wer in rechtlichen Dingen überhaupt als willensunfähig behandelt wird — das Kind und der Geisteskranke, nicht Schiedsrichter sein kann. Alle andern Personen können Schiedsrichter sein. Aber die Parteien haben ein ausgedehntes Ablehnungsrecht. Der Unterschied zwischen Statuierung der Unfähigkeit und Zulassung der Ablehnung zeigt sich dem Erfolge nach wesentlich darin, daß der nach Erlaß des Schiedsspruchs bekannt gewordene Ablehnungsgrund nicht zur Anfechtung des Schiedsspruchs benutzt werden kann (Mot. S. 474). Niemand kann Schiedsrichter in eigener Sache sein. Dies folgt zwar nicht aus dem Wesen des Schiedsgerichts, war aber in l. 51 D. de recept. 4, 8 ausdrücklich bestimmt; daß die PrO. mit diesem Satze gebrochen hätte, ist umsoweniger anzunehmen, als § 865 Parteien und Schiedsrichter als verschiedene Personen voraussetzt [vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 497].

Der Schiedsvertrag auf eine juristische Person beruft zu Schiedsrichtern die jeweiligen gesetzlichen Vertreter, und zwar im Zweifel in der Weise, daß bei einem Wechsel in der Vertretung auch ein Wechsel im Schiedsrichteramt eintritt. Der Schiedsvertrag auf eine Behörde beruft die jeweilig diese Behörde bildenden Personen, aber nicht als Individuen, sondern in ihrer Organisation als Behörde. Daß eine Behörde zum Schiedsrichter ernannt werde, ist durch die CPrO. nicht ausgeschlossen; ob die Behörde das Schiedsrichteramt übernehmen kann und darf, ist nach den in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten geltenden Vorschriften zu entscheiden (Mot. S. 475). [Vgl. RG. 17. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 110 S. 407.]

2. Die Ablehnungsgründe s. §§ 41 und 42. Da die Umstände des § 41 hier nur als Ablehnungsgründe in Betracht kommen, so kann auch die Ablehnung aus § 41 gemäß § 43 ausgeschlossen werden. Nicht bloß die nach §§ 854, 855 oder 857 von den Parteien oder dem Gericht bestellten, sondern auch die im Schiedsvertrage ernannten Sachverständigen können abgelehnt werden, die letzteren jedoch nur aus Gründen, die erst nach der Ernennung entstanden oder der Partei bekannt geworden sind. Vgl. norddb. Entw. § 1161 Abs. 3.

3. Das Ablehnungsgesuch kann sich dadurch erledigen, daß der abgelehnte Schiedsrichter zurück- und ein anderer mit Zustimmung beider Parteien an seine Stelle tritt. Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch steht nicht dem Schieds-, sondern dem in § 871 bezeichneten Gerichte zu. Das Ablehnungsgesuch ist mittels Klage geltend zu machen. Die Entscheidung erfolgt nach mündlicher Verhandlung in Urteilsform. Das schiedsrichterliche Verfahren kann fortgesetzt werden (§ 863). Die in § 44 Abs. 1, 2, 3, §§ 45—47 enthaltenen Vorschriften gelten nicht bei Ablehnung eines Schiedsrichters. Ist der Schiedsspruch unter Mitwirkung einer Person gefällt, welche rechtzeitig (s. § 43) abgelehnt wurde, so kann die Frage, ob die Ablehnung begründet war, noch mittels Anfechtungsklage (§ 867 Nr. 1) oder mittels Einrede gegenüber der Klage auf Vollstreckungsurteil zur Entscheidung gebracht werden; bei begründeter Ablehnung ist der Schiedsspruch aufzuheben und der Antrag auf Vollstreckungsurteil abzuweisen. [Vgl. RG. 7. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 89 S. 349 ff.]

§ 859.

Der Schiedsvertrag tritt außer Kraft, sofern nicht für den betreffenden Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist:

1) wenn bestimmte Personen in dem Vertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind und ein Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder die Übernahme des Schiedsrichteramts verweigert oder von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert;

2) wenn die Schiedsrichter den Parteien anzeigen, daß unter ihnen Stimmengleichheit sich ergeben habe.

Mot. S. 475, 476. KPr. S. 443, 593.

1. Zu Nr. 1: Auf die Fälle der §§ 854 und 855 bezieht sich diese Bestimmung nicht. — „Aus einem anderen Grunde wegfällt" — vgl. Bem. Nr. 2 zu § 857. — „Von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt" — hat hier dieselbe Bedeutung wie „die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert" in § 857; vgl. dazu Bem. Nr. 3 zu § 857. Auch bei berechtigtem Rücktritt eines Schiedsrichters findet der § 859 Anwendung. Die Weigerung, den Schiedsspruch zu unterschreiben, enthält den Rücktritt. [Vgl. RG. 13. Apr. 1887 Entsch. XVIII Nr. 79 S. 369 ff.]

2. Zu Nr. 2: Die Vorschrift gilt sowohl für den Fall, daß die Schiedsrichter im

Vertrage, wie für den Fall, daß sie nachträglich von den Parteien oder dem Gericht ernannt sind. Einen Obmann können weder die Schiedsrichter noch das Gericht ernennen, wenn dies nicht im Vertrage bestimmt ist. Auch wenn sich nicht die erforderliche Majorität ergiebt (dazu vgl. Bem. zu § 864), tritt der Vertrag außer Kraft.

3. Bei dem nach § 871 zuständigen Gericht kann ein Feststellungsurteil (§ 231) über das „Außer-kraft-getreten-sein" des Schiedsvertrags verlangt werden, wenn die Voraussetzungen des § 231 vorliegen. Gegen einen Schiedsspruch wäre Anfechtung aus §§ 867 Nr. 1 möglich.

4. Durch Tod oder Konkurs einer Partei wird der Schiedsvertrag nicht aufgehoben. [Vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 524.]

§ 860.

Die Schiedsrichter haben vor Erlassung des Schiedsspruchs die Parteien zu hören und das dem Streite zu Grunde liegende Sachverhältnis zu ermitteln, soweit sie die Ermittelung für erforderlich erachten.

In Ermangelung einer Vereinbarung der Parteien über das Verfahren wird dasselbe von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt.

Mot. S. 476, 477. KPr. S. 443, 593.

1. Die Schiedsrichter sind weder an die Vorschriften des materiellen noch an die des Prozeßrechts gebunden. Sie entscheiden ex aequo et bono und bestimmen das Verfahren nach freiem Ermessen. Eine Vereinbarung der Parteien, daß nach den Vorschriften dieses oder jenes Rechts entschieden werden solle, ist eine Anweisung für die Schiedsrichter, aber der Schiedsspruch kann nicht wegen Verletzung jener Vorschriften aufgehoben werden. Nicht anders steht es mit einer Vereinbarung der Parteien über das Verfahren. Die Schiedsrichter sind den Parteien gegenüber verbunden, sich nach solchen Vereinbarungen zu richten; aber die Aufhebung des Schiedsspruchs kann deswegen, weil das vereinbarte Verfahren nicht eingehalten wurde, nicht beantragt werden. Vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 867.

2. Durch Vereinbarung kann bestimmt werden, daß den Parteien ein Rechtsmittel an eine höhere schiedsrichterliche Instanz zustehe. Auf das Schiedsgericht der höheren Instanz finden die Bestimmungen der CPrO., insbesondere auch die §§ 854—859 Anwendung. [Vgl. RG. 7. März 1887 Entsch. XVII Nr. 109 S. 435.] Die Anfechtung des Schiedsspruchs durch die Rechtsmittel der CPrO. oder durch die Nichtigkeitsklage (§ 542) ist unstatthaft; eine darauf gerichtete Vereinbarung ist ungültig. [Mot. S. 475, ROHG. Entsch. II S. 165 RG. 11. Febr. 1882 citiert in Entsch. XIII S. 430, 20. Apr. 1885 XIII Nr. 119 S. 430, 7. März 1887 XVII Nr. 109 S. 434, OLG. Karlsruhe SA. XXXVII Nr. 176.] Der Schiedsvertrag, welcher eine solche Vereinbarung enthält, ist ungültig, weil der Vorbehalt der Rechtsmittel nicht ausführbar, aber wesentlicher Bestandteil des Vertrags ist. [Vgl. RG. 11. Febr. 1882 cit. in Entsch. XIII S. 430. Hier wird ein vor dem 1. Okt. 1879 geschlossener Schiedsvertrag mit dem nach früherem Recht gültigen Vorbehalt der Rechtsmittel wegen Unausführbarkeit des Vorbehalts für hinfällig erklärt. Mit dem unter der Herrschaft der CPrO. geschlossenen Vertrag steht es nicht anders.]

3. Die Bestimmungen der CPrO. über die Folgen der partiellen (§ 208) und der totalen (§§ 295, 296) Versäumnis gelten nicht im schiedsrichterlichen Verfahren. Die Motive bemerken:

„Die Nichteinlassung einer Partei darf auf die Verpflichtung der Schiedsrichter keinen Einfluß üben, das Sachverhältnis, soweit es für die Entscheidung erforderlich ist, zu ermitteln, unbeschadet ihrer Befugnis, bei Feststellung des Sach- und Streitstandes auf die

Nichteinlassung der einen Partei die nach den Umständen des Falls gerechtfertigte Rücksicht zu nehmen (Mot. z. preuß. Entw. S. 333, nordd. Prot. V S. 2233)."

4. Die Freiheit der Schiedsrichter in Bezug auf das Verfahren wird eingeschränkt: a) Durch die Vorschrift, daß die Parteien vor Erlassung des Schiedsspruchs zu hören sind (§§ 860, 867 Nr. 4). Es genügt, daß die Parteien zum Erscheinen aufgefordert wurden, wenn sie auch nicht erschienen sind [RG. 13. Dez. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 451]. Die Parteien können den Schiedsrichter von der Vorschrift des rechtlichen Gehörs entbinden (arg. § 867 Abs. 2, Mot. S. 477). b) Durch die Vorschrift, daß die Parteien in dem Verfahren nach dem Gesetze vertreten sein müssen (§ 867 Nr. 3). c) Durch die Vorschrift, daß der Schiedsspruch schriftlich abgefaßt, den Parteien zugestellt, auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt und mit Gründen versehen werden muß (§§ 865, 867 Nr. 5).

§ 861.

Die Schiedsrichter können Zeugen und Sachverständige vernehmen, welche freiwillig vor ihnen erscheinen.

Zur Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen und zur Abnahme eines Parteieides sind die Schiedsrichter nicht befugt.

Mot. S. 477, 478. KPr. S. 443—445, 593.

1. Weigert sich ein Zeuge oder Sachverständiger, dessen Vernehmung das Schiedsgericht für notwendig hält, zu erscheinen oder Zeugnis bzw. Gutachten zu erstatten, so hat sich das Schiedsgericht auf den Ausspruch zu beschränken, daß und worüber der Zeuge oder Sachverständige vernommen werden soll. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 862.

2. Eide sollen nicht, auch nicht bei Einverständnis der Parteien, von dem Schiedsgericht abgenommen werden. Anfechtung des Schiedsspruchs wegen Abnahme eines Eides durch das Schiedsgericht ist jedoch nicht möglich. Die Begründung und die Litteratur s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 867. — Erachtet das Schiedsgericht einen Zeugen- oder einen Parteieid für nötig, so hat es sich auf den Ausspruch zu beschränken, daß und worüber der Zeuge eidlich vernommen oder die Partei beeidigt werden solle. Das weitere Verfahren s. Bem. Nr. 1 zu § 862.

§ 862.

Eine von den Schiedsrichtern für erforderlich erachtete richterliche Handlung, zu deren Vornahme dieselben nicht befugt sind, ist auf Antrag einer Partei, sofern der Antrag für zulässig erachtet wird, von dem zuständigen Gerichte vorzunehmen.

Dem Gerichte, welches die Vernehmung oder Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen angeordnet hat, stehen auch die Entscheidungen zu, welche im Falle der Verweigerung des Zeugnisses oder des Gutachtens erforderlich werden.

Mot. S. 477, 478. KPr. S. 443—445, 593.

1. Wenn das Schiedsgericht die Vernehmung eines Zeugen oder die Abnahme eines Eides angeordnet hat, so ist es Sache der Parteien, bei dem staatlichen Gericht die Ausführung zu veranlassen. Beide Parteien sind hierzu befugt. Welches Gericht zuständig ist, ergiebt § 871; es kommt also zunächst das im schriftlichen Schiedsvertrage, eventuell das nach der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung berufene Gericht in Betracht. [So auch die Komment. mit Ausnahme von A. Förster N. 2, welcher das Amtsgericht für zuständig hält, in dessen

Bezirk die Beweisaufnahme erfolgen soll.] Die Entscheidung des Gerichts kann nur nach mündlicher Verhandlung erfolgen; denn es ist nicht, wie bei den in Bem. Nr. 6 zu § 119 zusammengestellten Fällen, eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zugelassen, folglich greift der Grundsatz des § 119 ein. Daran, daß § 119 von der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht spricht, darf man nicht Anstoß nehmen; denn das Gericht hat hier zu erkennen, sc. über die Zulässigkeit des Antrags auf Vornahme der richterlichen Handlung. Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über den Antrag. Geht der Antrag an ein Landgericht, so unterliegt er dem Anwaltszwang; geht er an ein Amtsgericht, so stehen die Formen der §§ 457, 461 zur Wahl. Die Erheblichkeit und Zweckmäßigkeit der vom Schiedsgericht beschlossenen Beweisaufnahme wird nicht vom Gericht geprüft. Aber die Kognition umfaßt nicht bloß die Zulässigkeit der Beweisaufnahme, z. B. einer Zeugenvernehmung mit Rücksicht auf das Thema der Vernehmung oder der Abnahme eines Parteieides mit Rücksicht auf die Eidesfähigkeit; vielmehr kann in diesem Verfahren die Frage, ob die betreffende Anordnung in einem zulässigen schiedsrichterlichen Verfahren erlassen sei, zur Verhandlung und Entscheidung gebracht werden. Die Entscheidung ergeht, weil sie auf Grund obligatorischer mündlicher Verhandlung erfolgt, in Urteilsform. Gegen die Entscheidung ist Berufung und Revision statthaft. Bei Ausbleiben des Antragstellers ist nach Analogie des § 295 der Antrag durch Versäumnisurteil abzuweisen, bei Ausbleiben des Gegners ist nach § 296 zu urteilen. Gegen das Vers.-Urt. ist Einspruch zulässig. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Gaupp III S. 571, Petersen S. 1157, v. Sarwey II S. 364, Kleiner III S. 352. AM. nämlich für Entscheidung ohne obligatorische mündl. Verh. durch Beschluß Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 4, Puchelt II S. 752, Endemann III S. 472, Hellmann Komm. III S. 217 und Lehrb. S. 1023, Mayer a. a. O. S. 87.]

2. Hat das Gericht durch Urteil die Vornahme der betr. richterlichen Handlung beschlossen, so erfolgt die Beweisaufnahme nach den allgemeinen Regeln. Unter denselben Voraussetzungen wie in nicht schiedsrichterlichen Sachen kann die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen werden. Die Ladung von Zeugen und Sachverständigen erfolgt nach § 342. Im Falle der Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens wird nach §§ 355, 374, im Falle des Ausbleibens eines Zeugen oder Sachverständigen nach §§ 345, 374 verfahren. Bleibt die Partei, welche einen Eid leisten soll, im Schwurtermine aus, so ist kein Versäumnisurteil nach § 430 zu erlassen; vielmehr ist das Nichterscheinen einfach zu konstatieren. Das Schiedsgericht hat dann zu ermessen, was daraus zu folgern ist.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 34 Nr. 3, 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 22, 91 Abs. 2.

§ 863.

Die Schiedsrichter können das Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch erlassen, auch wenn die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens behauptet, insbesondere wenn geltend gemacht wird, daß ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestehe, daß der Schiedsvertrag sich auf den zu entscheidenden Streit nicht beziehe oder daß ein Schiedsrichter zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen nicht befugt sei.

Mot. S. 478. KPr. S. 445, 593.

Die definitive Entscheidung über die Fragen, ob ein rechtsgültiger Schiedsvertrag bestehe, ob der Schiedsvertrag sich auf den zu entscheidenden Streit beziehe, ob ein Schiedsrichter zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen befugt, d. h. ob er richtig bestellt und ob eine Ablehnung begründet sei, steht dem Gerichte (§ 871) zu. Vor Erlassung des Schiedsspruchs

kann die gerichtliche Entscheidung dieser Fragen durch Feststellungs- (§ 231) oder Ablehnungsklage, nach Erlassung des Schiedsspruchs durch Einrede gegen die Vollstreckbarkeit (§ 868 Abs. 2) oder Aufhebungsklage (§ 867 Nr. 1) erlangt werden. Wäre der Partei gestattet, durch die Behauptung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens ꝛc. dessen Fortgang zu hemmen, so würde chikanöse Verzögerung möglich sein. Die CPrO. stellt es daher in das Ermessen des Schiedsgerichts, trotz dieser Behauptung das Verfahren fortzusetzen und den Schiedsspruch zu erlassen (norbd. Prot. V S. 2231 f.).

§ 864.

Ist der Schiedsspruch von mehreren Schiedsrichtern zu erlassen, so ist die absolute Mehrheit der Stimmen entscheidend, sofern nicht der Schiedsvertrag ein Anderes bestimmt.

KPr. S. 445, 593.

Vgl. GVG. § 198 Abs. 1. Die Bestimmung des GVG. § 198 Abs. über Stimmenzuzählung bei Abstimmung über Summen ist auf die Schiedsrichter anwendbar, da dieselbe aus dem Begriff der Majorität folgt [vgl. Wilm. Levy N. 2 zu § 859. AM. Mayer a. a. O. S. 91]. — Die Parteien können größere als absolute Majorität bis zur Einstimmigkeit oder auch relative Majorität vereinbaren. — Ergiebt sich nicht absolute bzw. nicht die von den Parteien vereinbarte Majorität, so tritt der Schiedsvertrag außer Kraft (§ 859 Nr. 2).

§ 865.

Der Schiedsspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben, den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen und unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen.

Mot. S. 478. KPr. S. 445, 593.

1. Aus § 865 folgt, daß der Schiedsspruch niedergeschrieben werden muß. Daß auch die Gründe schriftlich redigiert werden müssen, ergiebt § 867 Nr. 5. Zur rechtlichen Existenz des Schiedsspruchs gehört ferner die Unterschrift aller Schiedsrichter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben. Wenn ein Schiedsrichter vor der Unterschrift stirbt oder unfähig wird, zu unterschreiben, oder wenn ein Schiedsrichter seine Unterschrift verweigert, so ist kein Schiedsspruch vorhanden [vgl. RG. 5. Nov. 1881 Entsch. V Nr. 114 S. 400, 13. April 1887 XVIII Nr. 79 S. 369 ff.].

2. Die Zustellung des Schiedsspruchs muß auf Betreiben der Schiedsrichter nach den Regeln der §§ 152 ff. geschehen. Die auf Betreiben einer Partei erfolgte Zustellung des Schiedsspruchs an die Gegenpartei genügt dem Gesetze nicht [AM. Möller Ztschr. f. d. CPr. V S. 282 ff.]. Den beiden Parteien oder ihren für das schiedsrichterliche Verfahren bestellten Bevollmächtigten muß eine von den Schiedsrichtern selbst unterschriebene *Ausfertigung* zugestellt werden. Die Zustellung einer, wenn auch beglaubigten Abschrift ist nicht ordnungsmäßig; aber dieser Mangel kann noch während des Verfahrens über die Klage auf Vollstreckungsurteil durch nachträgliche Zustellung einer unterschriebenen Ausfertigung gehoben werden. [Vgl. RG. 5. Nov. 1881 Entsch. V Nr. 114 S. 400 ff., 29. Apr. 1885 XIII Nr. 119 S. 431, 13. Dez. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 451, 13. Apr. 1887 Entsch. XVIII Nr. 79 S. 369 ff.]

3. Die Urschrift des Schiedsspruch einschließlich der Gründe muß mit den Urkunden, aus denen die Zustellung an beide Parteien hervorgeht, von den Schiedsrichtern auf der Gerichtsschreiberei des in § 871 bezeichneten Gerichts niedergelegt werden. Es genügt, wenn die Niederlegung seitens eines von mehreren Schiedsrichtern mit Einwilligung der anderen geschieht. Wurde der Schiedsspruch erst nach Erhebung der Klage auf Vollstreckungsurteil aber vor der Entscheidung niedergelegt, so ist das Vollstreckungsurteil nicht zu versagen [vgl. RG. 21. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 435 und SA. XLIII Nr. 83].

4. Sind die Vorschriften des § 865 nicht beachtet, so liegt ein formell perfekter Schiedsspruch nicht vor. Das um das Vollstreckungsurteil angegangene Gericht muß von Amtswegen prüfen, ob ein formell perfekter Schiedsspruch vorliegt, und die Klage auf Vollstreckungsurteil abweisen, wenn die Vorschriften des § 865 nicht beobachtet sind. [Vgl. Möller Ztschr. f. d. CPr. V S. 281 ff. und die cit. Entsch. d. RG. AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 411 ff.]

§ 866.

Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.

Mot. S. 478. KPr. S. 445, 583.

Vgl. Bem. Nr. 5 zu § 293. Die Wirkungen des Schiedsspruchs beschränken sich auf die Parteien und ihre Rechtsnachfolger. Über Revision wegen unrichtiger Auslegung eines Schiedsspruchs s. RG. 26. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 113 S. 378.

§ 867.

Die Aufhebung des Schiedsspruchs kann beantragt werden:

1) wenn das Verfahren unzulässig war;

2) wenn der Schiedsspruch eine Partei zu einer Handlung verurteilt, deren Vornahme verboten ist;

3) wenn die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;

4) wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war;

5) wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen ist;

6) wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen in den Fällen der Nr. 1—6 des § 543 die Restitutionsklage stattfindet.

Die Aufhebung des Schiedsspruchs findet aus den unter Nr. 4, 5 erwähnten Gründen nicht statt, wenn die Parteien ein anderes vereinbart haben.

Mot. S. 478, 479. KPr. S 445, 593.

1. § 867 enthält alle Gründe, aus denen die Aufhebung eines formell zustande gekommenen Schiedsspruch beantragt werden kann. Der Aufhebungsantrag ist durch Klage bei dem in § 871 bezeichneten Gericht oder verteidigungsweise in dem Verfahren über Erlassung des Vollstreckungsurteils (§ 868) geltend zu machen. Wegen Ausschlusses der Aufhebungsgründe Nr. 1—5 durch das Vollstreckungsurteil s. § 869.

2. Zu Nr. 1: Das Verfahren war unzulässig: a) wenn der Schiedsvertrag nichtig oder anfechtbar ist; b) wenn derselbe, sei es durch Vereinbarung, sei es zufolge anderer Um-

stände (§ 859), außer Kraft getreten ist; c) wenn der Schiedsvertrag sich nicht auf die entschiedene Streitsache bezieht [vgl. RG. 26. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 113 S. 379, wo ausgesprochen ist, daß ein Schiedsspruch deswegen, weil er über Fragen entschied, welche ihm nicht durch die schriftlichen Anträge der Parteien, wohl aber nach dem Protokoll in der Verhandlung vorgelegt wurden, nicht angefochten werden kann]; d) wenn eine gesetzliche Vorschrift oder eine Vereinbarung über die Besetzung des Schiedsgerichts, verletzt worden ist; hierher gehört insbesondere auch der Fall, daß ein mit Grund abgelehnter Schiedsrichter bei dem Schiedsspruche mitgewirkt [vgl. RG. 7. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 89 S. 350], sowie der Fall, daß ein berufener Schiedsrichter nicht mitgewirkt hat.

Die Verletzung vereinbarter oder gesetzlicher Normen über das schiedsrichterliche Verfahren (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 861) begründet den Antrag auf Aufhebung nicht. Der § 867 ist zurückzuführen auf § 1378 des preuß. Entw. (1864), dessen Nr. 1 lautete:

„Das rechtskräftige schiedsrichterliche Urteil unterliegt der Vernichtung: 1) wenn ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestanden hat oder der Schiedsvertrag auf den entschiedenen Rechtsstreit sich nicht bezieht, oder hinsichtlich der Besetzung des Schiedsgerichts eine gesetzliche Vorschrift oder eine Bestimmung des Schiedsvertrags verletzt ist."

Aus dieser Fassung ging deutlich hervor, daß wegen Verletzung gesetzlicher oder vereinbarter Regeln des Verfahrens Anfechtung nicht möglich ist. Die nordd. Komm. veränderte die Fassung entsprechend dem Wortlaut des § 867, ohne daß die Absicht materieller Änderung ersichtlich ist. Im Gegenteil, ein Antrag, die Anfechtung wegen Hinausgehens des Schiedsrichters über die Bestimmungen des Schiedsvertrags „in Ansehung der Prozedur oder sonst" zu gestatten, wurde abgelehnt. Dabei wurde allerdings erwähnt, daß der Antrag zum Teil unter Nr. 1 falle. Dies „zum Teil" bezieht sich auf die Worte „oder sonst" des Antrags. S. nordd. Entw. § 1172 Nr. 1 und Prot. V S. 2237—2239, 2282, 2283. Auch in den Mot. des Entw. I S. 526 ist noch der Standpunkt des pr. Entw. festgehalten. Von Verletzung der Normen des Verfahrens ist daselbst nicht die Rede. In den Mot. zu Entw. II (S. 621) und zu Entw. III (S. 479) findet sich nun folgende Äußerung:

„Ferner ist es erforderlich, zu gestatten, daß die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens einer Prüfung durch das zuständige Gericht unterzogen werde. Denn da der Schiedsspruch seine Kraft nicht der Autorität eines durch den Staat eingesetzten Gerichts, sondern der Vereinbarung der Parteien entnimmt, so hängt seine Geltung davon ab, daß der Schiedsvertrag dem Gesetze und das schiedsrichterliche Verfahren dem Willen der Parteien und den ergänzenden Normen dieses Gesetzbuchs entspricht. Fehlt an diesen Erfordernissen, so ist dem Schiedsspruche die Grundlage entzogen."

Diese Äußerung kann so verstanden werden, als ob jede Verletzung von gesetzlichen oder vereinbarten Regeln des Verfahrens seitens eines rite konstituierten Schiedsgerichts zur Anfechtung berechtige. Sie kann aber auch in dem Sinne verstanden werden, daß das schiedsrichterliche Verfahren als solches der Vereinbarung und dem Gesetze entsprechen müsse. Was aber auch die Verfasser dieser Motivenstelle gemeint haben mögen, die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die Vergleichung des § 863, wo „Unzulässigkeit" des Verfahrens die Ordnungswidrigkeit einzelner Prozedurakte nicht mitumfassen kann, sprechen für die vorgetragene Ansicht. Dazu kommt noch folgendes Argument: nachdem § 860 anordnet, daß die Parteien gehört werden, wäre es überflüssig, die Versagung des Gehörs als besonderen Anfechtungsgrund zu nennen, wenn die Verletzung gesetzlicher Vorschriften über das Verfahren schon die Aufhebung aus Nr. 1 nach sich zöge. [So auch Struckm. Koch N. 2, Gaupp III S. 573 f., 578, Petersen S. 1163, A. Förster N. 3, v. Sarwey S. 367, Wach I S. 76 f. AM. Wilm. Levy N. 2 zu § 867, N. 1 zu § 861, Hellmann Komm. III S. 221 f. und Lehrb. S. 1024 f., Puchelt II S. 759, Endemann III S. 481, Kleiner III S. 357 f., Mayer a. a. O. S. 100.

Vgl. a. v. Amsberg Komm. Prot. S. 445, der wegen Verletzung des § 661 Abs. 2 die Aufhebungsklage zuläßt.]

3. Zu Nr. 2: Vgl. Bem. Nr. 4 zu § 661. Es wurde vergessen, die Nr. 2 des § 867 der neuen Redaktion der Nr. 2 des § 661 anzupassen. Der Sinn ist wohl der gleiche.

4. Zu Nr. 3: Vgl. Bem. Nr. 6 zu § 513 und Bem. Nr. 4 zu § 542.

5. Zu Nr. 4: Vgl. Bem. Nr. 4 zu § 860. [Dazu OLG. Hamburg SA. XL Nr. 267.]

6. Zu Nr. 5: Vgl. Bem. Nr. 8 zu § 513. Darauf, daß die Gründe nicht zutreffend oder nicht erschöpfend seien, kann die Anfechtung nicht gestützt werden [RG. 26. Jan. 1883 SA. XXXIX Nr. 76].

7. Zu Nr. 6: Die Anfechtung aus dem Restitutionsgrunde § 543 Nr. 7 ist ausgeschlossen, da die Aufhebung des Schiedsspruchs wegen eines neuaufgefundenen Urteils oder einer aufgefundenen Urkunde zu einer Beurteilung des Rechtsstreits durch das staatliche Gericht führen müßte (Mot. S. 478).

§ 868.

Aus dem Schiedsspruche findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist.

Das Vollstreckungsurteil ist nicht zu erlassen, wenn ein Grund vorliegt, aus welchem die Aufhebung des Schiedsspruch beantragt werden kann.

Mot. S. 479. KPr. S. 445, 593.

1. Gleich dem ausländischen Urteile bedarf der Schiedsspruch zur Vollstreckbarkeit in Deutschland des Vollstreckungsurteils. Dieses ist auch nötig zum Eintritt einer Urteilswirkung nach § 779 (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 779). Das Vollstreckungsurteil kann auch zu der vom Schiedsgericht getroffenen Entscheidung über die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens verlangt werden, selbst wegen der Kosten allein [vgl. RG. 8. Mai 1886 Entsch. XIX Nr. 80 S. 407]. Die Kostenfestsetzung liegt dem Schiedsgericht ob. Das Vollstreckungsurteil ist mittels Klage bei dem zuständigen Gericht (§ 871) zu beantragen. Die Entscheidung erfolgt nach mündlicher Verhandlung durch Urteil. Auf das Verfahren findet Bem. Nr. 4 zu § 660 entsprechende Anwendung.

2. Das Gericht hat zunächst zu prüfen, ob ein formell perfekter Schiedsspruch vorliegt; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 865. Ist kein perfekter Schiedsspruch vorhanden, so ist die Klage angebrachtermaßen abzuweisen. Über Nachholungen während des Prozesses s. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 865. Liegt ein formell perfekter Schiedsspruch vor, so muß das Vollstreckungsurteil erteilt werden, es wäre denn, daß ein Grund vorliegt, aus welchem die Aufhebung des Schiedsspruch beantragt werden kann (§ 867), oder daß eine noch im Vollstreckungsverfahren zulässige, den Anspruch selbst betreffende Einwendung (§ 686) vorgebracht und begründet befunden wird. Bezüglich des Aufhebungsgrundes des § 867 Nr. 1 ist zu unterscheiden, ob die Unzulässigkeit des Verfahrens auf einer die Verfügung der Partei ausschließenden oder auf einer sie zulassenden Rechtsnorm beruht. Ersteren Falls, z. B. wenn der Schiedsvertrag einen Streitgegenstand betrifft, über den kein Vergleich geschlossen werden kann, ist die Unzulässigkeit von Amtswegen, anderenfalls, z. B. wenn bei der Wahl der Schiedsrichter inkorrekt verfahren worden ist, ist dieselbe nur auf Antrag zu beachten. Der Aufhebungsgrund § 867 Nr. 2 muß stets von Amtswegen beachtet werden. Die Aufhebungsgründe § 867 Nr. 3—6 können nur berücksichtigt werden, wenn dieselben seitens des Beklagten geltend gemacht werden; denn auf diese Aufhebungsgründe kann verzichtet werden. — Die Richtigkeit des Schiedsspruchs ist nicht Gegenstand der gerichtlichen Prüfung.

3. Zu einem Schiedsspruche, welcher im Auslande gefällt worden ist, kann ein Vollstreckungsurteil im Inlande erlassen werden, falls bei einem inländischen Gericht ein Gerichtsstand nach § 871 begründet ist. Das inländische Gericht hat das Vollstreckungsurteil nur zu erteilen, wenn der Schiedsvertrag, auf welchem das schiedsrichterliche Verfahren beruht, auch nach inländischem Recht zulässig war; denn die Erteilung des Vollstreckungsurteils beruht auf Ausschließung der richterlichen Kognition über die schiedsgerichtlich entschiedene Rechtsstreitigkeit; ob aber die Kognition des inländischen Gerichts durch einen konkreten Vertrag ausgeschlossen werden kann, ist nach inländischem Recht zu bemessen. Die Vertragsform ist nach dem am Orte des Vertragsschlusses geltenden Rechte zu beurteilen. Für das Verfahren vor dem ausländischen Schiedsgerichte, sowie für die Form und die Perfektion des im Ausland abgegebenen Schiedsspruchs ist das am Orte des Schiedsgerichts geltende Recht maßgebend. Das Vollstreckungsurteil darf z. B. nicht verweigert werden, weil die Vorschriften des § 865 über schriftliche Redaktion, Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruchs nicht erfüllt sind, wenn das ausländische Gesetz derartiges nicht verlangt — oder das Vollstreckungsurteil darf nicht erteilt werden, wenn der ausländische Schiedsspruch nach dem ausländischen Rechte noch durch Rechtsmittel anfechtbar ist. Der § 868 Abs. 2 findet auf den ausländischen Schiedsspruch entsprechende Anwendung; denn die Voraussetzungen, unter denen das inländische Gesetz die staatliche Rechtshülfe zur Vollstreckung von Schiedssprüchen gewährt, sind allgemein aufgestellt, müssen also auch von ausländischen Schiedssprüchen erfüllt werden. Die Bestimmungen des § 661, insbesondere auch über das Erfordernis der Gegenseitigkeit der Vollstreckung finden auf Schiedssprüche keine Anwendung. [Vgl. hierzu Wach I S. 249 f., Haarmann Ztschr. f. d. CPr. I S. 384 f., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 489 ff., RG. 5. Nov. 1881 Entsch. V Nr. 114 S. 399. Die Begründung dieses Urteils scheint davon auszugehen, daß die Form des ausländischen Schiedsspruches dem § 865 genügen müsse — was wohl nicht richtig ist.]

4. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 8 u. 28, GO. f. RA. § 20.

§ 869.

Nach Erlassung des Vollstreckungsurteils kann die Aufhebung des Schiedsspruchs nur aus den im § 867 Nr. 6 bezeichneten Gründen und nur dann beantragt werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer stande gewesen sei, den Aufhebungsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen.

1. Die Motive bemerken: „Für die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs ist eine Frist nicht bestimmt. Wird dagegen die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils erhoben, so müssen die Aufhebungsgründe des § 867 in dem Prozesse rechtzeitig vorgebracht werden, widrigenfalls sie verloren sind. Diese aus § 868 Abs. 2 und § 869 sich ergebende Vorschrift beruht auf denselben Erwägungen, welche die Bestimmung des § 686 Abs. 2 veranlaßt haben. Eine Ausnahme war in betreff der Aufhebungsgründe des § 867 Nr. 6 wegen der Eigentümlichkeit derselben geboten; die Regelung ist in den §§ 869, 870 im Anschlusse an die §§ 545, 549, 835 erfolgt."

2. Die in § 686 bezeichneten Einwendungen können auch nach Erlassung des Vollstreckungsurteils mittels Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung nach § 686 geltend gemacht werden. Vgl. Bem. Nr. 3 a. E. zu § 686.

§ 870.

Die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs ist im Falle des vorstehenden Paragraphen binnen der Notfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Aufhebungsgrunde Kenntnis erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Vollstreckungsurteils. Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urteils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

Wird der Schiedsspruch aufgehoben, so ist zugleich die Aufhebung des Vollstreckungsurteils auszusprechen.

Mot. S. 479, 480. KPr. S. 445, 593.

1. Vgl. Bem. zu § 869. Nur für die nach Erlassung des Vollstreckungsurteils aus § 867 Nr. 6 zu begründende Klage gelten die Vorschriften des § 870. — Einstweilige Anordnungen können sowohl nach Analogie des § 647 wie als Provisorien nach § 819 erlassen werden.

2. Die Bemerkungen Nr. 1 und 2 zu § 549 finden hierher entsprechende Anwendung.

§ 871.

Für die Klagen, welche die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters, das Erlöschen eines Schiedsvertrags, die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens, die Aufhebung eines Schiedsspruchs oder die Erlassung des Vollstreckungsurteils zum Gegenstande haben, ist das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig, welches in einem schriftlichen Schiedsvertrag als solches bezeichnet ist, und, in Ermangelung einer derartigen Bezeichnung, das Amtsgericht oder das Landgericht, welches für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde.

Unter mehreren hiernach zuständigen Gerichten ist und bleibt dasjenige zuständig, an welches sich zuerst eine Partei oder das Schiedsgericht (§ 865) gewendet hat.

Mot. S. 480. KPr. S. 445, 504, 593.

1. „Ernennung e. Schiedsrichters" — s. § 855. „Ablehnung e. Schiedsrichters" — s. § 857. „Erlöschen e. Schiedsvertrags" — s. § 859. „Unzulässigkeit d. schiedsrichterl. Verfahrens" — s. Bem. zu § 863. „Aufhebung e. Schiedsspruchs" — s. § 867. „Erlassung d. Vollstreckungsurteils" — s. § 868.

2. Die Zuständigkeit für die in § 871 bezeichneten Klagen wird primär durch den schriftlichen Schiedsvertrag bestimmt. Dieser kann auch in den Fällen, in denen das Gesetz einen ausschließlichen Gerichtsstand ergeben würde, ein anderes Gericht bestimmen. In Ermangelung einer Bezeichnung des zuständigen Gerichts in einem schriftlichen Schiedsvertrag ist das Gericht zuständig, welches ohne den Schiedsvertrag nach den allgemeinen Regeln über sachliche und örtliche Zuständigkeit für die Klage bezüglich des betreffenden Anspruchs zuständig sein würde. Die sich hiernach ergebende sachliche und örtliche Zuständigkeit kann wieder durch Vereinbarung (§ 38) sowie durch prozessualische Prorogation (§ 39) verschoben werden, soweit nicht der § 40 einer Verschiebung der Zuständigkeit für die Klage bezüglich des Anspruchs im Weg steht.

In Entw. II und III war die Zuständigkeit der Handelsgerichte ausdrücklich ausgeschlossen. Der betreffende Satz wurde gestrichen, nachdem die JK. d. RT. die Handelsgerichte beseitigt hatte. Gleichwohl gehören die in § 871 bezeichneten Klagen nicht vor die die Kammern für Handelssachen, auch wenn die Klage bezüglich des ursprünglichen Anspruchs vor die Kammer für Handelssachen gehörte. Denn die Kammer für Handelssachen ist kein selbständiges Gericht sondern ein Teil des Landgerichts. Die Zuteilung an die Kammer für

Handelssachen liegt außerhalb der Kompetenzverteilung zwischen den verschiedenen Arten von Gerichten. Unter die den Kammern für Handelssachen zugeteilten Rechtsstreitigkeiten (GVG. § 101) aber gehören die Prozesse über die in § 871 genannten Klagen nicht. [AM. die Komm. und die frühere Aufl.]

3. Zu Abs. 2: Sobald eine der in § 871 bezeichneten Klagen bei einem von mehreren zuständigen Gerichten erhoben (§ 230) ist, verlieren die konkurrierenden Gerichte ihre Zuständigkeit für die anderen Klagen. Auch die ordnungsmäßige Niederlegung des Schiedsspruchs seitens der Schiedsrichter bei einem von mehreren konkurrierenden Gerichten entscheidet in der Weise über die Zuständigkeit, daß die Zuständigkeit der anderen Gerichte für die Klagen aufhört. Doch ist die Zuständigkeit desjenigen Gerichts, welches hiernach die konkurrierenden Gerichte ausschließt, keine ausschließliche in dem Sinn, daß sie nicht durch Vereinbarung oder Prorogation wieder verschoben werden könnte.

4. Für das Verfahren bezüglich der in § 871 bezeichneten Klagen gelten die allgemeinen Regeln.

§ 872.

Auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, finden die Bestimmungen dieses Buches entsprechende Anwendung.

Mot. S. 471. KPr. S. 445, 593.

Ob die Anordnung eines Schiedsgerichts durch letztwillige oder durch andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen, z. B. Familienstatut, Fideikommißstiftung, rechtswirksam ist, ist nach dem materiellen Recht zu beurteilen. [Vgl. Wach I S. 67, Mayer a. a. O. S. 67 f.]

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichem Insiegel.

Gegeben Berlin, den 30. Januar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst von Bismarck.

Gesetz,

betreffend

die Einführung der Civilprozeßordnung.

Vom 30. Januar 1877.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen &c.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 1.

Die Civilprozeßordnung tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetz in Kraft.

KPr. S. 625, 626, 749.

Am 1. Oktober 1879.

§ 2.

Das Kostenwesen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird für den ganzen Umfang des Reichs durch eine Gebührenordnung geregelt.

Stenogr. Ber. II. Leg.-Per. 4. Sess. 1876 S. 1000.

Gerichtskostengesetz v. 18. Juni 1878; Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher v. 29. Juni 1878; diese beiden Gesetze sind teilweise abgeändert durch RG. v. 29. Juni 1881 (RGBl. S. 178); Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige v. 30. Juni 1878; Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7. Juli 1879.

§ 3.

Die Civilprozeßordnung findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören.

Insoweit die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Gerichten übertragen wird, kann dieselbe ein abweichendes Verfahren gestatten.

Mot. S. 481, 482. KPr. S. 625, 626, 749.

1. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" — über den Begriff „b. R.", sowie über

die Frage, welche b. R. vor die Gerichte gehören, s. GVG. § 13; dazu Hauck Komm. N. 3 zu §§ 12—14, Struckm. Koch Komm. z. GVG. § 13, Wilm. Levy Einl. des Komm. z. CPrO. und z. GVG. 5. Aufl. S. 21 f., N. 1 zu GVG. § 13, Gaupp Komm. z. CPrO. I S. 2 ff., Wach I § 8 S. 77 ff., Planck I § 7 S. 27, Hellmann Lehrb. S. 41 ff., Hauser Ztschr. f. R. u. LR. IV S. 27 ff., 241 ff., Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 59 f., Hüppner Arch. f. c. Pr. LXIX S. 434 ff.; RG. Entsch. III S. 409. Für Preußen: Sydow die Zulässigkeit des Rechtswegs (1860). Für Bayern: Pözl Verf.-R. § 163, Verw.-R. §§ 70, 71. Für Württemberg: Gaupp I S. 7 ff. — Das Übergebotsverfahren des C. civ. art. 2185 ist bürgerliche Rechtsstreitigkeit [RG. 13. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 90 S. 306]. Nicht aber das Verfahren behufs Homologation einer gerichtlichen Teilung (C. de proc. art. 981, 982), über welche kein Streit besteht [RG. 20. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 85 S. 295].

2. „Ordentliche Gerichte" — s. GVG. § 12; vgl. a. EG. z. GVG. § 8.

Aus den Motiven: „Rücksichtlich der nach GVG. § 13 vor den ordentlichen Gerichten zu verhandelnden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist das Verfahren der PrO. zwingend. Die Landesgesetzgebung kann ein abweichendes Verfahren nur insoweit gestatten, als dies durch Reichsgesetz für zulässig erklärt wird (GVG. § 14). Das Gesetz enthält in dieser Richtung Vorbehalte in den §§ 11 und 15 (vgl. a. CPrO. § 837 Abs. 2). Nach § 3 Abs. 3 des EG. zum GVG. ist der Landesgesetzgebung nachgelassen, in den von den §§ 11 u. 15 umfaßten Fällen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach anderen als den durch das GVG. vorgeschriebenen Normen zu regeln."

3. „Besondere Gerichte" — s. GVG. § 14. Auf das Verfahren vor den besonderen Gerichten kommt die CPrO. nur soweit zur Anwendung, als die Landesgesetzgebung dies bestimmt.

Aus den Motiven: „Das EG. z. GVG. § 3 Abs. 1 gestattet, daß die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, den ordentlichen Landesgerichten durch die Landesgesetzgebung übertragen werde. Macht eine Landesgesetzgebung von diesem Vorbehalte Gebrauch, so ist ihr die Befugnis erteilt:

1) die Übertragung nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen vorzunehmen (EG. z. GVG. § 3 Abs. 1).

2) ein von der CPrO. abweichendes Verfahren anzuordnen (EG. z. CPrO. § 3 Abs. 2)."

§ 4.

Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde. weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation beteiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden.

KPr. z. GVG. S. 469—480. (Das Prot. d. d. 15. Febr. 1876, 122ste Sitz. d. JK. ist im ersten Abbdruck falsch mit S. 797—808 paginiert.) KPr. z. CPrO. S. 749—751, dann 173ste Sitz. S. 23, 24 und Sten. Ber. II. LP. 1876 4. Sess. S. 389, 390.

1. Der § 4 wurde in der JK. d. RT. auf Antrag des Abg. v. Puttkamer (Fraustadt) eingefügt und vom Antragsteller dahin erläutert: „Civilprozesse des Fiskus und der Gemeinde sollen in denjenigen Fällen, wo gleichartige Fälle unter Privaten vor die ordentlichen Gerichte gehören, den Gerichten nicht entzogen werden, weil der Fiskus und die Gemeinde beteiligt sind. . . . Was objektiv eine Rechtssache sei, bestimme das Landesrecht." (Prot. d. 173sten Sitz. S. 23.) — Es ist im einzelnen Fall zu untersuchen, ob die Ausschließung des Rechtswegs aus objektiven Gründen oder aus dem rein subjektiven Grunde der Beteiligung des Fiskus ꝛc. den Gerichten entzogen ist. Nur im letzteren Fall greift § 4 ein.

2. Landesgesetzliche Vorschriften, welche bestimmen, daß Ansprüche gegen den Fiskus 2c. erst dann gerichtlich verfolgt werden können, wenn der Administrativweg vergeblich betreten worden ist (z. B. preuß. Ges. v. 24. Mai 1861 § 2, bayer. AG. z. CPrO. Art. 2), sind durch § 4 nicht berührt [vgl. RG. 8. Febr. 1887 Entsch. XVII Nr. 104 S. 416]. Ebensowenig Vorschriften, welche die Prozeßführung seitens des Fiskus, einer Gemeinde, Korporation von der Einholung einer Ermächtigung der Aufsichtsbehörde abhängig machen (KPr. z. GVG. S. 477); vgl. CPrO. § 50.

§ 5.

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Civilprozeßordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Für vermögensrechtliche Ansprüche dritter darf jedoch die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht von der Einwilligung des Landesherrn abhängig gemacht werden.

Mot. S. 626. KPr. S. 625, 751; Pr. z. GVG. S. 765–768; 173. Sitz. S. 24.

1. Die in der CPrO. selbst enthaltenen Privilegien zu Gunsten des Landesherren, der Mitgl. der landesherrl. Familien sowie der Mitgl. der Fürstl. Familie Hohenzollern — §§ 196 Abs. 2, 340 Abs. 2, 441 Abs. 2, 444 Abs. 3 — gelten für alle Landesherren 2c. vor allen Gerichten. Dagegen gelten die im EG. § 5 vorbehaltenen besonderen Vorschriften nur innerhalb des Bundesstaates, in welchem die betr. Hausverfassung oder das Landesgesetz erlassen ist.

Der Vorbehalt bezieht sich nicht bloß auf bestehende, sondern auch auf künftig zu erlassende Hausverfassungen und Landesgesetze. — Über verschiedene Einzelfragen vgl. RG. 12. Dez. 1884 Entsch. XII Nr. 125 S. 418 ff. (betr. den Scheidungsprozeß des Großherzogs von Hessen).

2. Der Schlußsatz wurde in der JK. d. RT. eingefügt. „Vermögensrechtliche Ansprüche" — vgl. Bem. Nr. 2 zu § 21. — „Dritter" — sc. Nichtmitglieder der betr. landesherrlichen Familie.

§ 6.

Mit Zustimmung des Bundesrats kann durch Kaiserliche Verordnung bestimmt werden:

1) daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision nicht begründe;

2) daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision begründe.

Die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen erlassenen Verordnungen sind dem Reichstage bei dessen nächsten Zusammentreten zur Genehmigung vorzulegen. Dieselben treten, soweit der Reichstag die Genehmigung versagt, für die am Tage des Reichstagsbeschlusses noch nicht anhängigen Prozesse außer Kraft. Die genehmigten Verordnungen können nur durch Reichsgesetz geändert oder aufgehoben werden.

Mot. S. 320–322. KPr. S. 625–635, 749, 751–754.

1. Die auf Grund dieses § erlassene Kaiserl. VO. v. 28. Sept. 1879 (RGBl. S. 299), welche mit Ausnahme des § 3 vom Reichstag am 10. April 1880 genehmigt wurde (RGBl. 1880 S. 102), ist nebst den sie ergänzenden RG. v. 15. März 1881 und 24. Juni 1886 in Bem. Nr. 3 zu § 511 (S. 613 f.) abgedruckt und erläutert.

2. Zu Abs. 2: Eine Verordnung, der vom Reichstage die Genehmigung versagt wird, bleibt anwendbar auf alle Prozesse, welche an dem Tage des definitiven Reichstagsbeschlusses (KPr. S. 752), also der letzten Beratung, schon anhängig (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu §§ 61, 62) waren.

§ 7.

Ist in einem Bundesstaat auf Grund der Bestimmung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze § 8 für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein oberstes Landesgericht errichtet, so wird das Rechtsmittel der Revision bei diesem Gerichte eingelegt. Die Einlegung erfolgt durch Einreichung der Revisionsschrift. Eine Abschrift derselben ist der Gegenpartei von Amtswegen zuzustellen.

Das oberste Landesgericht entscheidet ohne vorgängige mündliche Verhandlung endgültig über die Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung der Revision. Erklärt es sich für zuständig, so ist der Termin zur mündlichen Verhandlung von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen. Erklärt es sich dagegen für unzuständig, weil das Reichsgericht zuständig sei, so sind dem letzteren die Prozeßakten zu übersenden.

Die Entscheidung des obersten Landesgerichts über die Zuständigkeit ist auch für das Reichsgericht bindend. Der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Reichsgericht ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

Die Fristbestimmungen in den §§ 517, 519 der Civilprozeßordnung bemessen sich nach dem Zeitpunkte der Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an den Revisionsbeklagten.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf das Rechtsmittel der Beschwerde entsprechende Anwendung.

Mot. S. 482. KPr. S. 635—639, 754, 755.

1. Der § 7 ist dem RG. v. 12. Juni 1869 betr. die Errichtung des ROHG. §§ 17, 18 nachgebildet.

2. Zu Abs. 1: Der Einlegungsakt ist die Übergabe der Revisionsschrift auf der Gerichtsschreiberei des obersten Landesgerichts. Die Revisionsschrift muß den Erfordernissen Nr. 1 und 2 des § 512 entsprechen, enthält aber keine Ladung [vgl. Entsch. d. bayer. o. LG. IX S. 557].

3. Zu Abs. 2 bis 4: Nach Zustellung der Abschrift der Revisionsschrift an den Revisionsbeklagten entscheidet das oberste Landesgericht ohne mündliche Verhandlung auf Grund der Akten (KPr. S. 635) durch Beschluß über die Zuständigkeit. Die Entscheidung über die Zuständigkeit bindet sowohl das oberste Landesgericht selbst (arg. „endgültig") wie auch das Reichsgericht; letzteres hat die Frage, ob die Revision zum obersten Landes- oder zum Reichsgericht gehört, nicht mehr zu stellen. — Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 3 (Gebührenfreiheit). Die Frage, ob die Revision zulässig ist, wird in diesem Stadium noch nicht geprüft.

Das oberste Landes- und das Reichsgericht ladet die Parteien nicht, sondern giebt ihnen den Termin bekannt. Zwischen der Zustellung der Abschrift der Terminsbekanntmachung und dem Termine soll die Einlassungsfrist liegen; von der Zeit, welche zwischen dieser Zustellung und dem Termine liegt, sind die zwei Dritteile des § 519 zu berechnen.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Revisionsfrist ist mit der Revisionsschrift bei dem obersten Landesgericht einzureichen; diese Einreichung wahrt die Restitutionsfrist.

4. Zu Abs. 5: Die Beschwerde wird anstatt bei dem Reichsgericht bei dem obersten Landesgericht eingelegt. Nicht berührt sind die Vorschriften über Einlegung der Beschwerde bei dem iudex a quo. Wird die Beschwerde bei einem Oberlandesgericht als iudex a quo eingelegt, so hat dieses die Beschwerde dem obersten Landesgericht vorzulegen. Ist die Beschwerde auf die eine oder andere Art zum obersten Landesgericht gelangt, so entscheidet dieses ohne mündliche Verhandlung endgültig zunächst über die Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung der Beschwerde. Erklärt es sich für zuständig, so reiht sich die weitere Beschlußfassung an. Vor dieser kann mündliche Verhandlung stattfinden. Erklärt das oberste Landesgericht sich für unzuständig, so sind die Akten dem Reichsgericht zu übersenden.

5. Wegen der Gebühren s. GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6.

§ 8.

Der Bestellung eines bei dem obersten Landesgericht oder bei dem Reichsgerichte zugelassenen Rechtsanwalts bedarf es erst, nachdem das oberste Landesgericht über die Zuständigkeit Entscheidung getroffen hat. Für die dieser Entscheidung vorgängigen Handlungen können die Parteien sich auch durch jeden bei einem Land- oder Oberlandesgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

Die Zustellung der Abschrift der Revisionsschrift an den Revisionsbeklagten und die Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an die Parteien erfolgt in Gemäßheit des § 164 der Civilprozeßordnung.

KPr. S. 635, 755, 756.

1. Die beim obersten Landesgericht einzureichende Revisions- oder Beschwerdeschrift kann sowohl von einem bei dem obersten Landesgericht zugelassenen, wie auch von jedem bei einem Land- oder Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt gefertigt werden; nicht von einem beim Reichsgericht zugelassenen Anwalt (cf. RAO. § 100 Abs. 2).

Wird die Beschwerdeschrift beim iudex a quo eingereicht, so gelten die allgemeinen Regeln. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 532.

2. Die Abschrift der Revisionsschrift und die Bekanntmachung des Termins ist den in § 164 bezeichneten Personen in der dort aufgestellten Reihenfolge zuzustellen.

3. Fällt ein vor der Entscheidung des obersten Landesgerichts bestellter Anwalt weg, so wird das Verfahren nicht unterbrochen [vgl. v. Staudinger Bl. f. RA. LIII S. 36 ff.].

§ 9.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt, falls es sich um die Zuständigkeit solcher Gerichte handelt, welche verschiedenen Bundesstaaten angehören und nicht im Bezirk eines gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts ihren

Sitz haben, durch das Reichsgericht auch dann, wenn in einem dieser Bundesstaaten ein oberstes Landesgericht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten errichtet ist.

Mot. S. 65, 482. KPr. S. 639, 756.

Vgl. § 36 und die Bem. Nr. 1 dazu.

§ 10.

Die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Verfahren in Entmündigungssachen finden auf die Bestellung eines Beistandes für einen Geistesschwachen oder für einen Verschwender, insofern diese Bestellung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts erforderlich ist, entsprechende Anwendung.

Mot. S. 370, 482. KPr. S. 639, 756.

Das französische Recht (C. c. art. 499, 513—515) und das badische Recht (bad. Landrechtszusatz Art. 513a, dazu bad. Einf.-Ges. v. 3. März 1879 § 146) bestimmen, daß wegen Geistesschwäche oder Verschwendung die Unfähigkeit zu gewissen Rechtsakten ausgesprochen und ein Beistand beigegeben werden kann. Auf diese partielle Entmündigung finden die §§ 593—627 entsprechende Anwendung. — Vgl. a. Bem. Nr. 5 vor § 593.

§ 11.

Die Landesgesetze können in anderen als in den durch ein Reichsgesetz bestimmten Fällen die Anwendung der Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Aufgebotsverfahren ausschließen oder diese Bestimmungen durch andere Vorschriften ersetzen, insoweit nicht § 849 der Civilprozeßordnung entgegensteht.

Mot. S. 460, 482. KPr. S. 639, 756.

Vgl. Bem. Nr. 1 a. E. vor § 823 (S. 923).

§ 12.

Gesetz im Sinne der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

Mot. S. 482 f. KPr. S. 639, 756.

Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 512.

§ 13.

Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Civilprozeßordnung nicht berührt.

Aufgehoben werden:

1) § 2 des Gesetzes, betreffend die Aufhebung der Schuldhaft, vom 29. Mai 1868;
2) Artikel 34—36, 37 Satz 2, 39, 77, 78, 79 Abs. 2, 488, 494, 889 des Handelsgesetzbuchs;
3) § 6 des Gesetzes, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen, vom 7. Juni 1871;
4) § 14 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871, insoweit diese Vorschrift die Unterbrechung der Verjährung an die Anmeldung der Klage knüpft;

5) § 144 Abs. 4 des Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873;

6) § 78 Abs. 3 des Gesetzes über Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875.

Der Artikel 80 der Wechselordnung wird dahin abgeändert, daß die Verjährung auch nach Maßgabe der §§ 190, 254, 461 Abs. 2, 471 Abs. 2 der Civilprozeßordnung unterbrochen wird.

In den Fällen der Artikel 348, 365, 407 des Handelsgesetzbuchs ist das im § 448 der Civilprozeßordnung bezeichnete Amtsgericht zuständig; auf die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen finden die Vorschriften der Civilprozeßordnung in dem achten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs entsprechende Anwendung.

Mot. S. 483—486. KPr. S. 640—642, 756.

1. Die Motive bemerken: „Die prozeßrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetze, deren Zahl nicht unerheblich ist, lassen sich, in ihrem Verhältnis zu den Vorschriften der CPrO. aufgefaßt, in drei Kategorien zerlegen:

1) Normen, welche mit den Vorschriften der CPrO. übereinstimmen;
2) Normen, welche den Vorschriften der CPrO. widersprechen;
3) Normen, welche, in ein prozessuales Gewand gekleidet, materielles Recht enthalten.

Die Normen sub 3 bleiben fortbestehen, wie auch immer das Verhältnis der CPrO. zu den Reichsgesetzen festgestellt wird. Für die Normen sub 1 ist es nur von sekundärer Bedeutung, ob sie aufgehoben werden oder nicht, da auch in Zukunft in Gemäßheit derselben verfahren werden muß. Rücksichtlich der Normen sub 2 ist es praktisch ohne Einfluß, ob die Aufhebung oder die Aufrechterhaltung derselben erfolgt, vorausgesetzt, daß:

a) in dem ersteren Falle diejenigen prozeßrechtlichen Normen, welche als Ausfluß oder integrierender Bestandteil der Institute anzusehen sind, rücksichtlich deren sie erlassen worden, von der Aufhebung und
b) in dem letzteren Falle diejenigen prozeßrechtlichen Normen, welche durch Rücksichten auf die bisher mangelnde Einheit des deutschen Prozeßrechts veranlaßt worden sind, oder welche ihre Aufnahme Anschauungen verdanken, die mit den Grundprinzipien der CPrO. in Widerspruch stehen, von der Aufrechterhaltung ausgenommen werden."

Die Motive beschäftigen sich sodann mit der Frage, ob es gesetzgeberisch zweckmäßiger sei, die prozeßrechtlichen Normen der Reichsgesetze generell aufzuheben und speziell die Ausnahmen anzuführen oder diese Normen generell aufrecht zu erhalten und speziell nur die aufzuhebenden zu nennen. Sie entscheiden sich für letzteres.

Prozeßrechtliche Vorschriften enthalten:

Gesetz, betr. die Bundeskonsulate rc., v. 8. Nov. 1867 (BGBl. S. 137) §§ 14—17, 19—24; dazu Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit, v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197).

Gesetz, betr. die Aufhebung der Schuldhaft, v. 29. Mai 1868 (BGBl. S. 237) § 1. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 798.

Genossenschaftsgesetz v. 4. Juli 1868 (BGBl. S. 415) §§ 11, 13, 16, 17, 22, 24, 29, 35 [dazu Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 496 ff.], 43, 49, 50, 56 [dazu RG. 6. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 95 S. 319], 59.

Gesetz, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns, v. 21. Juni 1869 (BGBl. S. 242) §§ 1—4. Vgl. Bem. Nr. 2 u. 11 zu § 749 d. CPrO.

Gewerbeordnung (BGBl. 1869 S. 245, neue Redaktion RGBl. 1883 S. 177) §§ 11, 88, 97 Nr. 4, 99, 101 Abs. 2 u. 3, 120a.

Wechselordnung Art. 17, 26, 46, 50, 51, 73, 41 cf. 91, 80.

Handelsgesetzbuch Art. 111, 144, 164, 172, 213, 244a, 247 Nr. 2, 315, 455, 475; — 9, 194, 195, 223, 224; — 117, 137, 167, 196, 227, 460; — 27, 37 Satz 1,

38, 40, 79 Abs. 1, 888; — 609, 610, 490—493; — 119, 120, 126, 132, 169, 170, 446; — 305.

Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 (BGBl. S. 317) §§ 14, 93, 107.

Gesetz, betr. die Abgaben von der Flößerei, v. 1. Juni 1870 (BGBl. S. 312) § 2.

Gesetz, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken rc., v. 11. Juni 1870 (BGBl. S. 339) §§ 19, 29—30, 55.

Gesetz, betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken rc. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen, v. 7. Juni 1871 (RGBl. S. 207) § 7.

Militärpensionsgesetz v. 27. Juni 1871 (RGBl. S. 275) §§ 113—116.

Postgesetz v. 28. Okt. 1871 (RGBl. S. 347) §§ 7, 8, 13, 20, 47.

Gesetz, betr. die Beschränkung des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen, v. 21. Dez. 1871 (RGBl. S. 459) §§ 42, 45.

Seemannsordnung v. 27. Dez. 1872 (RGBl. S. 409) § 105.

Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61) §§ 21, 22, 143, 144 (mit Ausnahme des Abs. 4), 145, 147, 149 bis 155.

Gesetz, betr. das Aufgebot und die Amortisation verlorener oder vernichteter Schuldurkunden des nordd. Bundes und des deutschen Reichs, v. 12. Mai 1873 (RGBl. S. 91).

Gesetz über die Kriegsleistungen v. 13. Juni 1873 (RGBl. S. 129) § 34.

Reichs-Militärgesetz v. 2. Mai 1874 (RGBl. S. 45) § 39 (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 15 der CPrO.).

Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 (RGBl. S. 73) §§ 26—35, 38, 39, 44.

Gesetz über den Markenschutz v. 30. Nov. 1874 (RGBl. S. 143) §§ 13, 16, 17, 19.

Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes v. 6. Febr. 1875 (RGBl. S. 23) §§ 76, 77, 78 Abs. 1 u. 2.

Bankgesetz v. 14. März 1875 (RGBl. S. 177) §§ 50—52.

Statut der Reichsbank v. 21. Mai 1875 (RGBl. S. 203) § 8.

Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, v. 9. Jan. 1876 (RGBl. S. 4) § 16.

Gesetz, betr. den Schutz der Photographien, v. 10. Jan. 1876 (RGBl. S. 8) §§ 9, 10.

Gesetz, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen, v. 11. Jan. 1876 (RGBl. S. 11) §§ 14, 15.

Gesetz, betr. die eingeschriebenen Hülfskassen, v. 7. April 1876 (RGBl. S. 125) §§ 5, 10, 16—18.

Patentgesetz v. 25. Mai 1877 (RGBl. S. 501) § 39.

Gesetz, betr. die Beglaubigung öffentlicher Urkunden, v. 1. Mai 1878 (RGBl. S. 89) § 2.

Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, v. 21. Juni 1879 (RGBl. S. 277) § 13.

Die in den Unfallversicherungsgesetzen enthaltenen Vorschriften über das Verfahren bezüglich der auf Grund dieser Gesetze sich ergebenden Ansprüche gehören nicht hierher, da sie nicht das Verfahren vor den Gerichten betreffen.

2. Zu Nr. 1: An Stelle des § 2 des Ges. v. 29. Mai 1868 ist § 798 der CPrO. getreten. Vgl. Bem. N. 1 zu § 798.

3. Zu Nr. 2: Die in Art. 34—36, 77, 78, 488, 494, 889 des HGB. enthaltenen Bestimmungen über die Beweiskraft der Handelsbücher, der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler, der Schiffsjournale und Verklarungen sind aufgehoben als dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§§ 259, 260) widersprechend. Die Beseitigung dieser Beweisregeln entzieht den bezeichneten Büchern rc. nicht die Beweiskraft; das Gericht hat nur freies Er-

messen in der Beurteilung derselben. [Über Beweiskraft der Handelsbücher vgl. Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 311 f., Behrend Lehrb. d. HR. I S. 397 ff., U. d. RG. 10. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 101 S. 347.] — Das Institut der Verklarung (HGB. Art. 490—493) ist beibehalten (s. Bem. Nr. 2 vor § 447).

Die Art. 39 und 79 Abs. 2 des HGB. sind durch § 399 der CPrO. ersetzt; dagegen ist Art. 79 Abs. 1 aufrecht erhalten [vgl. Keyßner Ztschr. f. d. g. HR. XXIII S. 300].

Art. 37 Satz 2 des HB. ist von der JK. d. RT. unter die aufgehobenen Vorschriften eingesetzt worden, weil derselbe nicht dem Präjudiz des § 392 der CPrO. entspricht.

Art. 305 Abs. 2 Satz 2 d. HGB. ist, obwohl hier nicht genannt, doch durch CPrO. §§ 837 ff. beseitigt (KPr. S. 641).

4. Zu Nr. 3: Der § 6 des RG. v. 7. Juni 1871 wird durch CPrO. §§ 259, 260 ersetzt. Die Aufhebung desselben ist wegen der Bezugnahme auf das Landes-Civilprozeßrecht erfolgt.

5. Zu Nr. 4: Insoweit der § 14 des Reichspostgesetzes die Unterbrechung der Verjährung an die Anmeldung der Klage knüpft, ist er aufgehoben, weil er mit CPrO. § 239 nicht stimmt (Mot. S. 485).

6. Zu Nr. 5 und 6: Diese Vorschriften sind wegen ihrer Bezugnahme auf das Landes-Civilprozeßrecht von der JK. d. RT. unter die aufgehobenen Vorschriften eingefügt.

7. Zu Abs. 3: Aus den Motiven: „Die Bestimmung des Art. 80 der WO., daß die Verjährung durch Behändigung der Klage unterbrochen werde, trifft mit der Vorschrift des § 239 d. CPrO. zusammen; dagegen widerspricht die weitere Bestimmung des Art. 80, daß die Unterbrechung nur durch Behändigung der Klage erfolgen könne, den Vorschriften der §§ 190, 254, 461 Abs. 2, 471 Abs. 2 der CPrO. und mußte daher mit diesen in Einklang gebracht werden."

Obwohl das Gesetz hier den § 633 der CPrO. nicht anführt, so ist doch anzunehmen, daß auch durch die Zustellung eines bedingten Zahlungsbefehls die Wechselverjährung unterbrochen wird. [So auch Struckm. Koch N. 2 zu § 633 und N. 9 z. EG. § 13, Wilm. Levy N. 2 zu § 633, A. Förster N. 1 zu § 633, Hellmann Lehrb. S. 929, Mandry der civilr. Inhalt zc. 3. Aufl. S. 236, 258; vgl. a. Entw. e. b. GB. §§ 170, 172, Bolze Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 1 ff. AM. RG. 22. Dez. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1013, 7. Juni 1884 Entsch. XIV Nr. 13 S. 31 ff. Wieder anders RG. 26. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1017, wo in ganz unhaltbarer Weise zwischen zur amtsgerichtlichen und zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Wechselklagen unterschieden und nur für letztere die Unterbrechung durch Zustellung des Zahlungsbefehls verneint wird.] Die Entstehungsgeschichte des Art. 80 der WO. (s. Bolze S. 14—16) läßt klar ersehen, daß durch das Wort „nur" in Art. 80 bloß die außerprozessualische Unterbrechung (z. B. durch Protest) und die Unterbrechung durch Einreichung der Klage bei Gericht ausgeschlossen werden sollte. Das Gesuch um Zahlungsbefehl muß die wesentlichen Erfordernisse einer Klageschrift enthalten (s. Bem. N. 1 zu § 630), der Zahlungsbefehl muß dieselben reproduzieren (§ 633). Inhaltlich wird also der das Mandatsverfahren veranlassende Parteiakt, der im früheren gem. Prozeß ebenso wie nach preuß. Recht (VO. v. 1. Juni 1833) Klage hieß und der Klage sachlich entspricht, auch nach dem gegenwärtigen Recht in dem Zahlungsbefehle zugestellt. Dazu kommt, daß § 633 zurückführt auf Hann. Entw. § 501, welcher lautet: „Mit der Behändigung des Zahlungsbefehls an den Schuldner treten die an die Behändigung der Klage . . . geknüpften Wirkungen ein." Sachlich nichts anderes spricht die seit dem nordd. Entw. § 755 in den Entwürfen enthaltene, in das Gesetz übergegangene Wendung des § 633 aus. Es ist daher der starrste Formalismus, aus der Nichtanführung des § 633 im § 13 des EG. zu folgern, daß die Zustellung des Zahlungsbefehls von den Unterbrechungsakten ausgeschlossen sei.

Nicht aufgehoben ist die Bestimmung in Abs. 2 des Art. 80 der WO., daß auch die

(gerichtliche) Streitverkündung des Beklagten die Wechselverjährung unterbreche [RG. 13. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 84 S. 293].

8. Zu Abs. 4: Aus den Motiven: „Die Art. 348, 365, 407 des HGB. bezwecken Sicherung des Beweises, enthalten demnach Fälle der probatio ad perpetuam rei memoriam, deren Behandlung in mehrfacher Hinsicht von CPrO. §§ 447 ff. abweicht. Bei dieser mit dem materiellen Inhalte der Art. 348, 365, 407 im Zusammenhang stehenden Divergenz erschien die Aufrechthaltung wünschenswert. Das Gesetz beschränkt sich daher auf eine Ergänzung derselben im Sinne der CPrO."

§ 14.

Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung in Gemäßheit des § 3 nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung zu erfolgen hat, außer Kraft, soweit nicht in der Civilprozeßordnung auf sie verwiesen oder soweit nicht bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.

Außer Kraft treten insbesondere:

1) die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils für den Civilrichter;
2) die Vorschriften, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen;
3) die Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist;
4) die Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urteilsfristen und über die Befugnisse des Gerichts, dem Schuldner bei der Verurteilung Zahlungsfristen zu gewähren;
5) die Vorschriften, nach welchen eine Nebenforderung als aberkannt gilt, wenn über dieselbe nicht entschieden ist.

Mot. S. 199—201, 208, 212—214, 224, 390, 391, 486. KPr. S. 642—646, 756. Vgl. a. Prot. z. StPrO. S. 422—424.

1. Zu Abs. 1: Insoweit die in Gemäßheit dieses Paragraphen außer Kraft tretenden landesgesetzlichen Prozeßvorschriften in Rechtsangelegenheiten gelten, welche nicht zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten des § 3 gehören, bleiben diese Vorschriften unberührt, insbesondere also in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und in Ansehung der Angelegenheiten, welche die Führung des Handelsregisters, des Schiffsregisters und des Genossenschaftsregisters betreffen (Mot. S. 486).

2. Zu Nr. 1: Im gem. deutschen Civilprozeß hat das strafgerichtliche Urteil für den Civilrichter nie bindende Kraft gehabt. Dagegen hat sich in der franz. Theorie und Praxis der Satz ausgebildet, daß ein verurteilendes strafgerichtliches Erkenntnis für den Civilprozeß den Thatbestand und die Thäterschaft endgültig feststelle. Diese Ansicht hat seit der Einführung des franz. Strafverfahrens in Deutschland auch in die deutsche Doktrin und Praxis sowie in die neuere deutsche Gesetzgebung (Nachweisungen s. Mot. S. 213) Eingang gefunden. Andererseits ist diese Ansicht bekämpft worden; vgl. insbes. PlBeschl. d. pr. OTr. v. 15. Dez. 1856 (Entsch. XXXIV S. 19, Goltd. Arch. V S. 370 ff.), Bericht der Just.-Komm. d. pr. AH. 1856 (Goltd. Arch. V S. 344), Hann. Prot. VI S. 2063 ff. XV S. 5641 ff., Planck Gutachten f. d. 6. D. Jur.-Tag Verh. I S. 3 ff., Verh. d. 7. D. Jur.-Tags II S. 165 ff., 239 ff. — Die Motive (S. 213 f.) bemerken:

„Der Civilrichter, welcher auf Grund der vor ihm stattgefundenen Verhandlung frei zu würdigen hat, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei, wird, wenn die behauptete Thatsache bestritten, aber in einem früheren Strafverfahren als festgestellt angenommen ist, auf Grund dieses Verfahrens und ohne daß es einer weiteren Beweiserhebung bedarf, die Überzeugung von der Wahrheit jener Thatsache erlangen können. Und diese Überzeugung wird er regelmäßig auf Grund des Strafurteils gewinnen, wenn nicht für die Unrichtigkeit des letzteren sehr gewichtige Gründe von den Parteien beigebracht werden. Nur ausnahmsweise wird im Civilverfahren eine nochmalige Beweisaufnahme über die vom Strafrichter bereits als erwiesen angenommene Thatsache erforderlich sein, und es darf die sichere Erwartung gehegt werden, daß widersprechende Entscheidungen der Civil- und Strafgerichte über dieselbe Thatfrage zu den äußersten Seltenheiten gehören werden."

In den Entwürfen waren die Vorschriften über bindende Kraft des Strafurteils nicht ausdrücklich aufgehoben, sondern die Verff. gingen davon aus, daß deren Beseitigung sich aus § 259 ergebe. Die JK. d. RT. beschloß die Aufnahme des in Nr. 1 des § 14 enthaltenen nicht sowohl dispositiven als vielmehr deklarierenden Satzes.

3. Zu Nr. 2: Vgl. die Bem. Nr. 6 zu § 255. Beseitigt sind insbesondere die Beschränkungen des Zeugenbeweises in C. c. art. 1341—1348, 1353. — Vorschriften des materiellen Rechts, welche für gewisse Rechtsgeschäfte die schriftliche Form verlangen, sind nicht berührt. [Vgl. RG. 20. März 1883 Entsch. X Nr. 77 S. 275: C. c. art. 1690 ist nicht beseitigt.]

4. Zu Nr. 3: Durch Nr. 3 sind die sog. praesumptiones facti seu hominis (s. Wetzell § 15 N. 13, § 21 N. 5—7) beseitigt. Nicht berührt sind die Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache als gewiß anzunehmen ist. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 16 des EG.

5. Zu Nr. 4: Durch Nr. 4 sind insbesondere aufgehoben die auf die Zulässigkeit von Moratorien bezüglichen Vorschriften in l. 2 und 4 C. de precibus 1, 19 u. RPO. v. 1577 Tit. 23 § 4; die Vorschriften über Urteilsfristen in l. 2, 4 § 5, l. 7, 29, 31 D. de rei iud. 42, 1; §§ 2, 3 I. de off. iud. 4, 17; l. 6 § 2 D. de conf. 42, 2; l. 27 § 4 D. de R. V. 6, 1; l. 12 § 5 D. ad exhib. 10, 4; l. 4 § 7 D. de doli mali exc. 44, 4; die Vorschrift über die Befugnis des Gerichts zur Gewährung von Zahlungsfristen in C. c. art. 1244 ꝛc. Die Vorschriften über die Befugnis der Gläubigermehrheit, außerhalb des Konkurses einen Zahlungsausstand zu gewähren (l. 8 C. qui bonis ced. 7, 71), sind durch § 4 d. EG. z. KO. aufgehoben.

6. Zu Nr. 5: Vgl. Bem. Nr. 5 zu § 292. Aufgehoben sind nur die Vorschriften, nach denen die im Prozesse geltend gemachten Nebenforderungen als aberkannt zu erachten sind, wenn über dieselben nicht ausdrücklich entschieden ist (pr. ALR. I 11 § 848). Nicht beseitigt sind Vorschriften, nach denen Nebenansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn die Hauptsache ohne Vorbehalt angenommen (quittiert) ist (pr. ALR. I 11 §§ 843, 845, vgl. a. l. 49 § 1 D. de a. e. v. 19, 1). Nicht beseitigt ist pr. ALR. I 11 § 846; denn nach Ablauf der Frist zum Ergänzungsantrag (CPrO. § 292) ist der Anspruch auf die Verzugszinsen erloschen [so auch Eccius Förster pr. PrR. I § 68 bei N. 92 bis 96. AM. Dernburg pr. PrR. II § 38 bei N. 16 f.]. Was die Vorschriften der l. 4 C. depos. 4, 34, l. 34 C. de usur. 4, 32, l. 3 C. de fruct. 7, 51 betrifft, so können dieselben jedenfalls einem Ergänzungsantrage nach § 292 nicht entgegengesetzt werden. Ob dieselben einer nachträglichen Klage auf die Nebensache noch entgegenstehen, ist von der Antwort auf die Vorfrage abhängig, ob die Negation der nachträglichen Klage in diesen Stellen ihren Grund darin hat, daß die im Urteil übergangenen Nebenansprüche als aberkannt gelten, oder darin, daß ohne Vorbehalt eine selbständige Klage auf diese Nebenansprüche nicht be-

steht. Vom ersteren Standpunkt aus wird man die cit. Vorschriften als durch § 14 Nr. 5 aufgehoben erachten [so Mandry der civilrechtl. Inhalt &c. 2. Aufl. S. 285 N. 15, Ruhstrat Arch. f. c. Pr. LXV S. 277 ff.]; von anderem Standpunkt aus [vgl. Windscheid Pand. II § 259 N. 10, Wächter Pand. II S. 280, Brinz Pand. (2. Aufl.) II S. 118 ff.] stehen die cit. Vorschriften auch jetzt noch der Nachklage auf die Nebensache entgegen [vgl. Gaupp I S. 24, II S. 144].

§ 15.

Unberührt bleiben:

1) die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens für den Fall, daß ein Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten entsteht;
2) die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder eines Vereins nach Auflösung derselben; über das Verfahren in betreff der Sperre der Zahlung abhanden gekommener Inhaberpapiere; über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen;
3) die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren;
4) die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, Gemeinden und andere Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände), sowie gegen solche Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, insoweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden;
5) die Vorschriften des französischen und des badischen Rechts über den erwählten Wohnsitz, soweit es sich um Zustellungen handelt, und über das Verfahren bei Vermögensabsonderungen unter Eheleuten.

Entstehen in einem unter Nr. 3 bezeichneten Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes.

Mot. S. 175, 486–488. KPr. S. 647–649, 756.

1. Zu Nr. 1: Vgl. GVG. § 17. — Landesgesetzliche Vorschriften: preuß. VO. v. 1. Aug. 1879, betr. die Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden (GS. S. 573), bayer. Ges. v. 18. Aug. 1879 betr. die Entscheidung der Kompetenzkonflikte &c. Art. 11—13 (G. u. VBl. S. 991); sächs. Ges. v. 3. März 1879 (G. u. VBl. S. 65); württ. Ges. v. 25. Aug. 1879 (Reg.-Bl. S. 272); bad. Ges. v. 30. Jan. 1879 (G. u. VOBl. S. 191); hess. AG. z. CPrO. §§ 22—30. Über die Bedeutung der Entscheidung im Kompetenzkonflikt vgl. RG. Entsch. XI Nr. 103 S. 392.

2. Zu Nr. 2: a) Der erste Vorbehalt, betr. die Fortdauer des Gerichtsstandes, ist namentlich zur Aufrechthaltung der in dem bayer. Ges. v. 29. April 1869, betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Art. 49 Abs. 2, sowie der in dem bayer. Ges. v. 29. April 1869, betr. die privatrechtliche Stellung der Vereine, Art. 30 Abs. 1 enthaltenen Bestimmungen über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft &c. aufgenommen (Mot. S. 486).

b) Der Vorbehalt in betreff der Sperre erstreckt sich, ebenso wie die anderen landesgesetzlichen Vorbehalte des § 15, auch auf die Bestimmungen über den Gerichtsstand, über die Aufhebung und den Vollzug der erkannten Maßregeln (Mot. S. 486). Vgl. bayer. VO. v. 10. März 1810, bayer. Ges. v. 1. Juni 1822 u. v. 11. Sept. 1825, württ. Ges. v. 18. Aug. 1879 Art. 1, 2, 11—17, bad. Ges. v. 14. Mai 1828.

c) Zu dem auf das Enteignungsverfahren bezüglichen Vorbehalt bemerken die Motive: „Insoweit Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen, nach den Gesetzen vor anderen Behörden als den bürgerlichen Gerichten ausgetragen werden müssen, findet auf das Verfahren in Gemäßheit des § 3 des EG. die CPrO. keine Anwendung."

Vgl. preuß. Ges. über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 1874, dazu Ges. v. 2. Juli 1875 (GS. S. 561); bayer. Ges. v. 17. Nov. 1837, die Zwangsabtretung vom Grundeigentum 2c. betr., dazu AG. z. CPrO. §§ 45—55 u. Hauser Ztschr. f. R. u. LR. IV S. 38; württ. Verf.-Urk. § 30 (vgl. Gaupp III S. 603 f.); bad. EG. v. 11. März 1879 § 113.

Auch landesgesetzliche Bestimmungen über den Gerichtsstand in Enteignungssachen sind vorbehalten [RG. 4. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 82 S. 304, 7. Juni 1882 SA. XXXVIII Nr. 166].

3. Zu Nr. 3: Die Motive bemerken: „Der Ausdruck „erbschaftliches Liquidationsverfahren" umfaßt nicht bloß das spezifisch preußisch-rechtliche Institut dieses Namens, sondern allgemein jedes im deutschen Reiche bestehende derartige gerichtliche Verfahren zum gleichen Zweck, insbesondere das in Württemberg im Falle des Gebrauchs der Rechtswohlthat des Inventars eintretende Offizialverfahren zur Auseinandersetzung des Nachlasses."

Vgl. preuß. Ges. betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger im Geltungsbereich des Allg. LR. v. 18. März 1879 (GS. S. 293); bayer. AG. z. CPrO. §§ 150—157; württ. AG. z. KO. Art. 9, AG. z. CPrO. Art. 23.

4. Zu Nr. 4: Vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. VIII vor § 644 (S. 751). Für Preußen vgl. Anh. § 153 zu AGO. I 24 § 45 und Anh. § 242 zu AGO. I 35 § 33; rhein. Ressort-Reglement v. 20. Juni 1818 § 25 (dazu Oppenhof die preuß. Gesetze über die Ressortverhältnisse S. 287 N. 279); allg. Verf. d. Just.-Min. v. 18. Juli 1881 (JMBl. S. 160). Für Bayern: AG. z. CPrO. Art. 9; für Württemberg: AG. z. CPrO. Art. 21.

5. Zu Nr. 5: a) „Erwählten Wohnsitz" — s. C. c. art. 111, code de proc. art. 59 Nr. 3.

b) „Verfahren bei Vermögensabsonderung 2c." — s. C. c. art. 1443 ff., 1452, C. de comm. art. 65—70, C. de proc. art. 865—874; preuß. AG. z. CPrO. § 11; bayer. AG. z. CPrO. Art. 190—197, bad. Einf.-Ges. v. 3. März 1879 §§ 37—40, hess. AG. z. CPrO. Art. 192—199, els.-lothr. AG. z. CPrO. §§ 3—9.

6. Die Vorbehalte des § 15 beziehen sich auch auf künftige Landesgesetze [RG. Entsch. 14. Okt. 1882 VII Nr. 121 S. 400].

7. Der im § 15 des Entwurfs enthaltene Vorbehalt der Vorschriften des mecklenburgischen Rechts über das Verfahren des Fiskals gegen Obrigkeiten auf Erfüllung ihrer obrigkeitlichen Verpflichtungen und auf Strafe wegen Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung ist von der JK. d. RT. gestrichen worden, nicht um jene Vorschriften zu beseitigen, sondern weil jenes Verfahren nicht als bürgerliche Rechtsstreitigkeit zu betrachten sei (KPr. S. 648).

§ 16.

Unberührt bleiben:

1) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises oder bis zum Beweise des Gegenteils als gewiß anzusehen ist.

Insoweit der Beweis des Gegenteils zulässig ist, kann dieser Beweis auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 410 ff. der Civilprozeßordnung geführt werden.

Unberührt bleiben ferner:

2) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Beweiskraft der Beurkundung des bürgerlichen Standes in Ansehung der Erklärungen, welche über Geburten und Sterbefälle von den zur Anzeige gesetzlich verpflichteten Personen abgegeben werden;
3) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides;
4) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können;
5) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über das Verfahren bei Ehescheidungen auf Grund gegenseitiger Einwilligung;
6) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle, sowie über die als Vorbedingung einer Ehescheidung anzuordnenden Zwangsmaßregeln;
7) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Voraussetzungen der böslichen Verlassung, namentlich in Ansehung der Frist, welche seit der Entfernung des Beklagten verstrichen sein muß, sowie in Ansehung der Fälle, welche der böslichen Verlassung gleichgestellt sind;
8) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen eine bösliche Verlassung nicht schon deshalb als festgestellt angenommen werden darf, weil der Beklagte die in dem bürgerlichen Rechte vorgeschriebenen Rückkehrbefehle nicht befolgt hat.

Mot. S. 210—212, 208; 266, 443; 358, 359, 368, 488. KPr. S. 649, 650, 758. Anl. K S. 10 zum Prot. der 164sten Sitzung.

1. Die Motive S. 488 bemerken, daß der Ausdruck „bürgerliches Recht“ hier wie in der CPrO. gleichbedeutend mit „materielles Recht“ gebraucht ist, und daß es gleichgültig sei, ob die betreffenden Vorschriften im Civilgesetzbuch oder in der Prozeßordnung stehen.

2. Zu Nr. 1: Litteratur: Burckhard die civilistischen Präsumtionen (1866), daselbst ist die ältere Litt. verzeichnet; Wetzell § 15 ad N. 10, § 17 ad N. 11, Renaud § 105, Windscheid I § 67 N. 5, 133 N. 10, Wendt Arch. f. c. Pr. LXIII S. 288 ff. Konserviert sind sowohl die Vorschriften, nach welchen eine Thatsache unter Ausschließung jedes Gegenbeweises oder einer bestimmten Richtung von Gegenbeweisführung als gewiß anzusehen ist — die sog. Rechtsfiktionen, praesumtiones iuris et de iure —, wie auch die zu den Regeln über die Beweislast gehörigen Vorschriften, welche dem Richter gebieten, unter gewissen Um-

ständen eine Thatsache bis zum Beweise des Gegenteils als gewiß (richtiger: als des Beweises nicht bedürftig) zu behandeln, die sog. praesumtiones iuris, Rechtsvermutungen. Aufgehoben sind Beschränkungen in der Art der Beweismittel (EG. § 14 Nr. 2) und speziell in der Zulassung des Eides zum Zwecke des Gegenbeweises gegen die kraft einer Vermutung als des Beweises nicht bedürftig zu behandelnde Thatsache. Ob der Gegenbeweis geführt ist, ist nach der CPrO. zu beurteilen.

3. Zu Nr. 2: Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 383. Die Nr. 2 des § 16 ist wegen der früheren Landesgesetze nötig. Daß § 15 des RG. v. 6. Febr. 1875 nicht aufgehoben ist, folgt schon aus EG. § 13 Abs. 1.

4. Zu Nr. 3: Vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 vor § 780 (S. 885). Bestimmungen über den civilrechtlichen Offenbarungseid enthalten: preuß. AG. z. CPrO. § 30, bayer. AG. z. CPrO. Art. 85, württ. AG. z. CPrO. Art. 16, bad. EG. v. 3. März 1879 §§ 34—36.

5. Zu Nr. 4: Vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 814.

6. Zu Nr. 5: Vgl. Bem. Nr. 1 Ziff. 3 Abs. 2 vor § 568 (S. 896), hess. AG. z. CPrO. Art. 38 u. 95. — Über die Zulässigkeit der Scheidung aus landesherrlicher Machtvollkommenheit bei gegenseitiger Einwilligung vgl. Richter Kirchenrecht 8. Aufl. ed. Kahl § 287 N. 28, wo auch die Litteratur angegeben ist.

7. Zu Nr. 6—8. Die drei Vorbehalte sichern den Fortbestand des materiellen Rechts in Betreff der malitiosa desertio, der quasidesertio und des in preuß. ALR. II §§ 680, 684, 685, 708—710, 712, 713 sowie des in anderen Partikularrechten vorkommenden, mit der böslichen Verlassung im Zusammenhang stehenden Instituts der auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle. — Dazu preuß. AG. z. CPrO. §§ 5, 6; bayer. AG. z. CPrO. Art. 89—92; anhalt. AG. z. CPrO. §§ 4, 5; Reuß ä. L. AG. z. CPrO. §§ 12, 13.

In der JK. d. RT. ergaben sich Zweifel über die Tragweite der Nr. 6—8 des § 16. Es wurde schließlich konstatiert: „daß die Gerichte solche prozessuale Handlungen, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts Voraussetzungen gewisser civilrechtlicher Verhältnisse sind, auch in Zukunft noch vornehmen dürfen, selbst wenn diese Handlungen in der PrO. nicht erwähnt werden." (KPr. S. 649, 650, Anl. K S. 10 zum Prot. der 164. Sitzung.) Die preuß. VO. v. 28. Juni 1844 ist durch preuß. AG. z. CPrO. § 5 aufgehoben und ersetzt.

§ 17.

Die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden.

Abweichende Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die zur Eintragung in das Grund- oder Hypothekenbuch bestimmten Schuldurkunden bleiben unberührt, soweit sie die Verfolgung des dinglichen Rechts betreffen.

Mot. S. 488, 489. KPr. S. 650, 651, 758.

1. Nach tit. C. de non num. pec. 4, 30; l. 3 C. de dote cauta non num. 5, 15; Nov. 100 (vgl. Windscheid II § 344 Ziff. 2, § 372, § 504) haben Quittungen vor Ablauf von dreißig Tagen, Darlehensschuldscheine vor Ablauf von zwei Jahren, in Dotalinstrumenten abgegebene Erklärungen über den Empfang der Dos vor Ablauf gewisser, je nach der Dauer der Ehe verschiedener Fristen keine Beweiskraft. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2. Aufl. S. 161, 327 ff. und Schlesinger Formalkontrakte S. 188, 279 ff. bestreiten, daß dies der Sinn der cit. Gesetze sei — aber jedenfalls wurden sie in Deutschland so verstanden. Diese zeitlichen Beschränkungen der Beweiskraft waren bereits durch den mit § 17

Abs. 1 gleichlautenden Art. 295 des HGB. für das Gebiet des Handelsrechts beseitigt. Sie sind in die neueren partikularrechtlichen Kodifikationen (pr. ALR., sächs. BGB., code civ. und bad. LR.) nicht übergegangen, vielmehr häufig durch besondere partikulare Gesetze (z. B. mecklenb.-Schw. VO. v. 17. März 1838, mecklenb.-Str. VO. v. 18. April 1838, bayer. Ges. v. 26. März 1859, hamburger EG. z. HGB. v. 22. Dez. 1865 §§ 30, 34) aufgehoben oder doch wesentlichen Veränderungen (so z. B. durch kurhess. Ges. v. 20. Dez. 1840, hann. PrO. § 342, oldenb. PrO. § 542) unterworfen. — Der § 17 des EG. beseitigt alle derartigen Beschränkungen der Beweiskraft von Urkunden, mögen dieselben auf gemeinrechtlichen oder partikularen Gesetzen beruhen, für ganz Deutschland vorbehaltlich der im Abs. 2 des § 16 gemachten Ausnahme.

2. Der in den citierten römischen Gesetzen enthaltene Rechtssatz, daß nach Ablauf der für die querela non num. pec. und non numeratae dotis bestimmten Fristen die Anfechtung des Schuld- bzw. Empfangsbekenntnisses ausgeschlossen sei — ein Satz, der in der deutschen Praxis zumeist nicht anerkannt, von Theoretikern teils schon für das römische Recht, teils auf Grund eines abändernden Gewohnheitsrecht bestritten ist (die Nachweise s. bei Gneist, formelle Verträge S. 97 ff.), aber als Bestandteil des römischen Rechts durch die Untersuchungen von Gneist form. Verträge, Bähr Anerkennung und Schlesinger Formalkontrakte erwiesen sein dürfte — ist zwar nicht ausdrücklich aufgehoben, muß aber, weil diese Ausschließung der Anfechtung mit der vorherigen Erleichterung der Anfechtung zusammenhängt, gleichwohl als beseitigt angesehen werden, soweit durch § 17 die Negation der Beweiskraft vor Ablauf der Fristen beseitigt ist. Manche Rechtslehrer (z. B. Arndts Pand. § 281 bei N. 7) nehmen an, daß gemeinrechtlich nach Ablauf der für die querela bestimmten Fristen zwar der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, wohl aber hinsichtlich der Beweismittel, namentlich der Zulässigkeit des Eides, beschränkt sei. Auch eine solche Beschränkung wäre durch § 17 Abs. 1 (vgl. a. § 14 Nr. 2 des EG.) beseitigt. [So auch Thöl Handelsrecht II § 249, Makower Komm. zu HGB. N. 26b zu Art. 295, Anschütz Völdernndorff Komm. z. HGB. III S. 102 ff., Puchelt Komm. z. HGB. Anm. 1, 2 zu § 295, Mandry der civilr. Inhalt rc. 2. Aufl. S. 279, 400, L. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 126 ff., Entsch. d. ROHG. IV S. 395.] In der Nürnb. Komm. z. Beratung des HGB. (Prot. S. 425 cf. 1320) war der Antrag gestellt, ausdrücklich die erwähnten Bestimmungen über Ausschließung oder Beschränkung des Gegenbeweises aufzuheben. Der Antrag wurde zurückgezogen, nachdem die Versammlung die Meinung ausgesprochen, daß das, was der Antrag bezwecke, sich von selbst aus der jetzt im HGB. Art. 295 enthaltenen Bestimmung ergebe.

3. Die Vorschriften des pr. ALR. I 11 §§ 752—756 sind zwar nicht durch § 17 Abs. 1 berührt, denn dieselben binden nicht die Beweiskraft an den Ablauf einer bestimmten Zeit; wohl aber sind die Bestimmungen in §§ 752, 753, 754, daß der Schuldschein nach Ablauf der Verjährungsfrist gegen den Schuldner und nach Ablauf der in §§ 753, 754 bestimmten Fristen gegen den Erben die Richtigkeit der Schuld nicht beweisen soll, als prozessualische Vorschriften über die materielle Beweiskraft einer Urkunde durch EG. § 14 Abs. 1 beseitigt. [Vgl. darüber Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 2, Eccius Förster pr. PrR. II § 137 N. 60, Dernburg pr. PrR. II § 178 bei N. 36].

4. Zu Abs. 2 bemerken die Motive: „Die Ausnahme, welche der § 17 Abs. 2 in betreff der zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Schuldurkunden enthält, wird durch die Erwägung begründet, daß die in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten erlassenen desfallsigen Vorschriften vielfach mit den Einrichtungen des Hypothekenwesens in einem so innigen Zusammenhang stehen, daß sie ohne tiefeingreifende Störungen der Kreditverhältnisse nicht beseitigt werden können. Für Preußen hat diese Ausnahme durch die Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872 (Mot. z. Entw. derselben S. 37) ihre Bedeutung

verloren; dagegen bleibt sie von Wichtigkeit z. B. für Bayern (Ges. v. 26. März 1859 § 2), für Sachsen (Schmidt Vorl. über sächs. Privatrecht I S. 423, 424), für Sachsen-Weimar (EG. z. HGB. v. 18. August 1862 § 22), für Württemberg (EG. z. HGB. v. 13. August 1865 Art. 46).

§ 18.

Auf die Erledigung der vor dem Inkraftreten der Civilprozeßordnung anhängig gewordenen Prozesse finden bis zur rechtskräftigen Entscheidung die bisherigen Prozeßgesetze Anwendung.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Civilprozeßordnung auf die vor dem Inkrafttreten derselben anhängig gewordenen Prozesse für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Übergangsbestimmungen zu erlassen.

Mot. S. 489, 490. KPr. S. 651, 749, 758.

1. Zu Abs. 1: Ob ein Prozeß vor dem Inkrafttreten der CPrO. anhängig geworden ist, ist nach dem früheren Prozeßrecht und nach den Ausführungsgesetzen (vgl. preuß. Ges. betr. die Übergangsbestimmungen 2c. v. 31. März 1879 § 1 Abs. 2; bay. AG. z. CPrO. Art. 226; sächs. Ges. v. 12. März 1879 § 3) zu beurteilen.

Die Vorschrift des § 18 gilt auch für das Mandatsverfahren, für das Entmündigungsverfahren, für den Arrestprozeß, für das einstweilige Verfügungen betreffende Verfahren, für das Aufgebots- und das schiedsrichterliche Verfahren. Wegen des letzteren vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 vor § 851 (S. 941).

Auf die anhängigen Prozesse finden nicht bloß die rein prozessualischen, sondern auch die materiellrechtlichen Vorschriften der CPrO. keine Anwendung, soweit nicht Landesgesetze die CPrO. für anwendbar erklären.

Über die Frage, ob in einem nach dem früheren Prozeßrecht zu erledigenden Prozesse nach dem 1. Okt. 1879 noch Aktenversendung zulässig ist, vgl. Bülow. Arch. f. c. Pr. LXV S. 1 ff., U. d. Hallischen Jur.-Fak. in Ztschr. f. d. CPr. V S. 173 ff., Sydow Arch. f. c. Pr. LXV S. 321 ff., Struckm. Koch N. 7 zu GVG. § 12, Schultze Privatrecht und Prozeß S. 37—49, 127—215, L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 196—198, Wach I S. 217 N. 21, Hellmann Lehrb. S. 37 f.

2. Zu Abs. 2: Vgl. preuß. Ges. v. 31. März 1879; betr. die Übergangsbestimmungen §§ 1—6, 24; bay. AG. z. CPrO. Art. 226—228; sächs. Ges. v. 12. März 1879 §§ 3, 8, 11; württ. AG. z. CPrO. Art. 35—41; bad. EG. v. 3. März 1879 § 151; hess. AG. z. CPrO. Art. 69—89, 201—212.

§ 19.

Rechtskräftig im Sinne dieses Gesetzes sind Endurteile, welche mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können.

Als ordentliche Rechtsmittel im Sinne des vorstehenden Absatzes sind diejenigen Rechtsmittel anzusehen, welche an eine von dem Tage der Verkündung oder Zustellung des Urteils laufende Notfrist gebunden sind.

Mot. S. 490. KPr. S. 651, 758.

1. Endurteile im Sinne des § 19 sind solche Urteile, welche den ganzen Rechtsstreit beendigen, gleichviel ob die Beendigung durch absolutio ab instantia, durch Abweisung zur Zeit oder durch definitive, den Anspruch zu- oder aberkennende Sentenz erfolgt. Endurteil im Sinne des § 19 ist nicht das Urteil, durch welches nur prozeßhindernde Einreden verworfen werden. Ebensowenig das Urteil, welches von mehreren im Prozeß befangenen Ansprüchen

einen erledigt, einen andern Anspruch anhängig läßt, oder das Urteil, welches bei fortdauernder Rechtshängigkeit des Gegenanspruchs den Anspruch erledigt. Dagegen ist Endurteil dasjenige, welches unter Erledigung des in der Klage erhobenen Anspruchs einen einrede- (nicht widerklage-)weise erhobenen Gegenanspruch zum gesonderten Prozesse (ad separatum) verweist, weil hier der Gegenanspruch nicht rechtshängig bleibt. Desgleichen ist als Endurteil im Sinne des § 19 zu erachten ein im Exekutivprozeß erlassenes Urteil, welches die Nachklage im ordentlichen Verfahren vorbehält, weil nach gemeinem Prozeßrecht auch in diesem Falle der Prozeß nicht (wie nach CPrO. § 563) anhängig bleibt, sondern neue Klagestellung von seite des im Exekutivprozeß Verurteilten nötig ist. Nicht Endurteil im Sinne des § 19 ist das durch Eid bedingte Urteil; ebensowenig das den Anspruch nur dem Grunde, nicht dem Betrage nach feststellende Urteil, wenn die Klage auch auf Leistung oder Feststellung des Betrags erhoben ist.

2. Rechtskräftig im Sinne des EG. (§§ 18, 20) ist das Endurteil, welches nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann. Der Begriff „ordentliches Rechtsmittel" ist der CPrO. fremd und bedurfte daher besonderer Definition. Nach Abs. 2 sind „ordentliche Rechtsmittel" diejenigen Rechtsmittel der früheren Prozeßgesetze, welche an eine von dem Tage der Verkündung oder Zustellung des Urteils laufende Notfrist, d. i. eine kraft des Gesetzes laufende, unerstreckbare, präjudizierliche Frist (fatale), gebunden sind. Dazu gehören gemeinrechtlich die Appellation, Oberappellation, Revision, ferner die an eine Notfrist der bezeichneten Art gebundenen partikularrechtlichen Rechtsbehelfe gegen Versäumnisurteile — Einspruch (z. B. bay. PrO. Art. 309 ff.), Wiedereinsetzung (z. B. bad. PrO. §§ 213—215) — sowie die Nichtigkeitsbeschwerde des franz. Rechts und der nachgebildeten Prozeßrechte. Nicht zu den ordentlichen Rechtsmitteln im Sinne des § 19 Abs. 1 gehören die Nichtigkeitsklage (querela nullitatis) und die Restitution des gem. Prozesses. Die letztere ist gemeinrechtlich, an eine von der Kenntnis des Restitutionsgrundes (nicht von der Zustellung oder Verkündung des Urteils) laufende Notfrist gebunden.

§ 20.

Gegen Endurteile, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Civilprozeßordnung die Rechtskraft erlangt haben, sowie gegen Endurteile, welche in den vor diesem Tage anhängig gewordenen Prozessen nach demselben die Rechtskraft erlangen, finden als außerordentliche Rechtsmittel nur die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung statt.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, zu bestimmen, in welcher Instanz die Klagen gegen solche Endurteile zu erheben sind.

Mot. S. 490. KPr. S. 651, 749, 758, 759.

§ 20 bezieht sich auf die gemäß § 18 nach dem früheren Prozeßrechte zu erledigenden Prozesse. Für diese Prozesse sind durch § 20 die sog. außerordentlichen Rechtsmittel des früheren Prozeßrechts für unzulässig erklärt. Dagegen ist die Restitutions- und Nichtigkeitsklage der CPrO. (§§ 541 ff.) allgemein zugelassen, auch wenn nach dem früheren Prozeßrecht ein derartiges Rechtsmittel nicht zulässig war. Die Erhebung dieser Klage, die Verhandlung, die Beurteilung der formellen [vgl. RG. 2. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 105 S. 360] und materiellen Zulässigkeit ꝛc. ꝛc. bestimmt sich nach der CPrO. — Die Zuständigkeitsnormen der CPrO. § 547 finden auf die Restitutions- und Nichtigkeitsklagen gegen die nach früherem Prozeßrecht erlassenen Endurteile nur soweit Anwendung, als sie nicht durch die Landesgesetze

modifiziert werden (vgl. preuß. Ges. betr. die Übergangsbestimmungen ꝛc. v. 31. März 1879 § 12; bayer. AG. z. CPrO. Art. 229; sächs. Ges. v. 12. März 1879 § 10; württ. AG. z. CPrO. §§ 35—40; bad. EG. § 153; hess. AG. z. CPrO. Art. 77, 207).

§ 21.

Eine vor dem Inkraftreten der Civilprozeßordnung anhängig gewordene Zwangsvollstreckung ist nach den bisherigen Prozeßgesetzen zu erledigen.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Civilprozeßordnung auf die vor dem Inkrafttreten derselben anhängig gewordenen Zwangsvollstreckungen für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Übergangsbestimmungen zu erlassen.

Mot. S. 490. KPr. S. 651, 749, 750.

1. Vgl. § 18. Von welchem Zeitpunkt an die Zwangsvollstreckung als anhängig anzusehen ist, bestimmt sich nach dem früheren Prozeßrecht und etwaigen landesgesetzlichen Übergangsbestimmungen. Enthalten diese keine abweichenden Anordnungen, so ist nach den Rechten, welche eine Verfügung der Zwangsvollstreckung durch das Gericht erfordern, die Exekutionsverfügung (nicht erst deren Vollzug) entscheidend; erfolgt nach partikularem Prozeßrecht die Vollstreckung nicht durch das Gericht, so ist die Zwangsvollstreckung erst mit dem Beginn des Vollzugs anhängig.

Übergangsbestimmungen sowie Bestimmungen über den Zeitpunkt, mit welchem eine Zwangsvollstreckung als anhängig anzusehen ist, enthalten preuß. Ges. v. 31. März 1879, betr. die Übergangsbestimmungen ꝛc., §§ 16—18, 25—32, preuß. Ges. v. 4. März 1879, betr. die Immobiliarvollstreckung §§ 26—35; bay. AG. z. CPrO. Art. 230; sächs. Ges. v. 12. März 1879 §§ 14—18; württ. AG. v. 18. Aug. 1879 Art. 46; hess. AG. z. CPrO. §§ 86 u. 211.

Durch Landesgesetze kann auch die Anwendbarkeit des in der CPrO. enthaltenen materiellen Rechts auf bereits anhängig gewordene Zwangsvollstreckungen ausgesprochen, daher insbesondere auch einer nach den früheren Prozeßgesetzen vollzogenen Pfändung die Wirkung des Exekutionspfandrechts beigelegt werden (KPr. S. 759).

3. Eine vor dem Inkrafttreten der CPrO. noch nicht anhängig gewordene Zwangsvollstreckung kann nur nach den Bestimmungen der CPrO. ausgeführt werden. Von einer anhängigen Vollstreckung kann abgestanden und Vollstreckung nach der CPrO. neu begonnen werden.

4. Die Bestimmungen des § 21 finden auf die Vollziehung der den Arrestbefehlen und vorläufigen Verfügungen entsprechenden Dekrete des früheren Prozeßrechts entsprechende Anwendung.

§ 22.

Aus einer vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung aufgenommenen Urkunde, aus welcher nach den bisherigen Gesetzen die Zwangsvollstreckung zulässig ist, findet dieselbe auch nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung statt, jedoch nur innerhalb des Rechtsgebietes, in welchem die ihre Zulässigkeit bedingenden Gesetze gegolten haben, sofern nicht die Urkunde den Erfordernissen der Civilprozeßordnung entspricht.

Mot. S. 418, 419, 490. KPr. S. 651, 749, 750.

Entspricht eine vor dem Inkrafttreten der CPrO. aufgenommene Urkunde den Erfordernissen der CPrO. § 702 Nr. 5 (vgl. dazu die Bem. Nr. 4 zu § 702), so ist sie nach dem

Inkrafttreten der CPrO. im ganzen Reiche vollstreckbar. Entspricht sie diesen Erfordernissen nicht, so ist ihr durch § 22 die Vollstreckbarkeit innerhalb des Rechtsgebiets gewahrt, in welchem die ihre Zulässigkeit bedingenden Gesetze gegolten haben.

§ 23.

Insoweit Pfand- oder Vorzugsrechte, welche vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung auf Grund eines Vertrags, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, gegenüber einem Pfandrechte, welches durch eine nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung bewirkte Pfändung begründet wird, zufolge des § 709 Abs. 2 der Civilprozeßordnung ihre Wirksamkeit verlieren würden, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten das bisherige Vorrecht gewähren.

Das Vorrecht kann nicht gewährt werden gegen eine zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung bewirkte Pfändung, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, daß dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmäßig angemeldet ist. Der Erlaß von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau des Schuldners für Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung entstanden sind, entsprechende Anwendung.

KPr. S. 651, 652, 750—761.

1. Vgl. EG. z. KO. §§ 12, 13; Mot. z. KO. S. 476. — Preuß. AG. z. KO. §§ 18 bis 21, 25—36; preuß. Ges. betr. die Übergangsbestimmungen § 32.

2. Das auf Grund des § 23 landesgesetzlich gewährte Vorzugsrecht vor dem Pfändungspfandrecht gilt auch im Konkurse des Schuldners. [Die Widerlegung der gegenteiligen Ansicht des RG. 6. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 25 S. 93 ff. s. bei Wilm. Levy N. 1 u. Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 807 ff.]

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 30. Januar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst von Bismarck.

Wort= und Sachregister.

(Die größer gedruckten Zahlen verweisen auf die Paragraphen, die kleiner gedruckten Zahlen auf die Bemerkungen.)

Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts

von

Julius Wilhelm Planck.

Erster Band. Allgemeiner Teil.

35 Bog. gr. 8⁰. Geh. 10 ℳ — In Halbfranz geb. 12 ℳ

☞ Der II. (Schluss-)Band wird den Gang des Verfahren **im einzelnen** darstellen.

Eine Besprechung im **„Literarischen Centralblatt“** sagt:

„Das Lehrbuch, von welchem hier der erste Band vorliegt, ein Bestandteil der von Max Seydel herausgegebenen Sammlung von Lehrbüchern des deutschen Rechts, ist das erste wirkliche Lehrbuch des neuen deutschen Civilprozessrechts, und auch von der Praxis mit Freude zu begrüssen. Ein erstes Buch behandelt, nach einer Einleitung des gebräuchlichen Inhaltes, unter der Ueberschrift „Civilgerichtsverfassung“ 1) die Gerichtsgewalt der Civilgerichte (die Zuständigkeitslehre), 2) die Personen der Civilrechtspflege; unter einer dritten Rubrik „Gerichtsdienst der Civilgerichte“ sind nicht bloss die Grundsätze über Gerichtsbesetzung, Ort, Zeit, Sprache des Gerichts, sondern auch über Gerichtskosten, Armenrecht, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit zusammengefasst. Das zweite Buch ist überschrieben: „Form des Verfahrens“; hier wird vorgetragen die Lehre von den Parteien, von ihrer rechtlichen Stellung zum Gericht, von den Prozesshandlungen. Zur Erörterung der rechtlichen Stellung der Parteien wird herangezogen ihr Anspruch auf rechtliches Gehör und auf gerichtliche Entscheidung, was dann weiter zur Darstellung der Rechtskraft und Rechtshängigkeit führt, die Parteiengleichhheit, die Dispositionsbefugniss der Parteien (Verzicht, Klagrücknahme. Geständniss), der Schutz gegen Missbrauch der Parteirechte (Glaubhaftmachung, Sicherheitsleistung, Prozessstrafen, Kostenersatz). Die Abteilung über die Prozesshandlungen zerfällt in die zwei Abschnitte, von den Parteihandlungen und von den Richterhandlungen, die beide nach Inhalt, Form und Wirkungen behandelt werden; in diesem Zusammenhang findet sich auch die Lehre vom Prozessbetrieb, von Prozessleitung und Aburteilung. Das dritte Buch soll den Gang des Verfahrens darstellen; das erste Kapitel bespricht die Gliederung des Verfahrens, die Grundsätze über Zeitbestimmungen, Unterbrechung, Aussetzung, Ruhen des Prozesses. Der noch ausstehende zweite Band wird dann das Verfahren im Einzelnen zur Darstellung bringen. Diese Systematik hat gewiss manches Befremdliche, doch findet sich der Verf. und der Leser mit ihm ganz wohl damit zurecht. Die Vorzüge, welche bekanntlich die früheren Arbeiten Planck's auszeichnen, finden sich auch bei diesem seinem neuesten Werke wieder, und machen es zu einem trefflichen Lehrbuche; vor allem grosse Klarheit, Besonnenheit, ein nie mangelnder Bonsens, Eleganz der Darstellung; überall empfindet man den Takt des erfahrenen Lehrers, und zeigt sich der Meister in dem nicht weniger, „was er weise verschweigt“, als was er sagt.“

Ferner ist vor kurzem erschienen:

Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts.

Von

Dr. Lothar Seuffert,

o. ö. Professor der Rechte zu Erlangen.

Erste Abteilung: Die Rechtsverhältnisse der Aktivmasse.

11¾ Bog. 8⁰. 2 ℳ 80 ₰.

Oberm

Seuffert, Lothar von, 1843-1920

Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze vom 30. Januar 1877

Nördlingen 1888